

**J2**

**JORNAL JURÍDICO**

**2018**

VOLUME **1** | NÚMERO **2**

SEMESTRAL (JANEIRO, JULHO)

ISSN (ONLINE): 2184 - 3082

ASSINATURA ANUAL IMPRESSA: 50€

pontēditora

**J<sup>2</sup>**  
Jornal de  
Investigação  
Jurídica



“ ”

O Direito Penal é indispensável à persistência do Estado de Direito, que não é feito uma vez e está pronto para sempre. Há uma luta permanente com o poder. O Estado de Polícia se confronta com o Estado de Direito no interior do próprio Estado de Direito. Estar perto do modelo ideal de Estado de Direito depende da força de contenção do Estado Policial.

***Eugenio Raúl Zaffaroni***

## J2 - JORNAL JURÍDICO



J2 - Jornal Jurídico

Ponteditora, Sociedade Unipessoal, Lda

Startup Madeira - Campus da Penteada

9020-105 Funchal, Madeira

**E-mail:** geral@ponteditora.org

**Telefone:** + 351 291 723 010

**URL:** ponteditora.org

**URL (revista):** revistas.ponteditora.org/index.php/j2

 facebook.com/ponteditora

 linkedin.com/in/ponteditora

 twitter.com/ponteditora

 instagram.com/ponteditora

**Editor(a) - chefe:** Doutora Cristiane Sousa Reis

**Periodicidade:** Semestral (janeiro, julho)

**Propriedade/Editora:** Ponte Editora, Sociedade Unipessoal, Lda.

### **Composição do Capital da Entidade**

**Proprietária:** 10.000 euros, 100% propriedade Ana Leite

**ISSN (online):** 2184-3082

**ERC:** 127200

# EQUIPA EDITORIAL

## **EDITOR (A) - CHEFE**

**Cristiane Sousa Reis** - PhD em Direito e Sociologia pela Universidade de Coimbra, com pós-doutoramento no Centro de Estudos Sociais da mesma Universidade. Mestre em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes (Rio de Janeiro, Brasil) com especialização em Direito Público. Docente do ensino superior no Instituto de Estudos Comparados de Administração de Conflitos da Universidade Federal Fluminense (Rio de Janeiro, Brasil). Autora de diversos artigos científicos em revistas nacionais e internacionais, com ampla participação em Congressos na área do Direito, Criminologia, da Sociologia Jurídica e Sociologia Criminal.

# CONSELHO CIENTÍFICO

**Allen Silva** - Mestrando em Direito, Universidade Candido Mendes; Assessor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Investigador na Universidade Candido Mendes; Membro da Associação Brasileira de Relações Institucionais e Governamentais (ABRIG); Membro do Fórum Nacional de Gestores de Inovação e Transferência de Tecnologia (FORTEC); Membro na AB2L – Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs; Bolsista na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

**Ana Rita Babo Pinto** - Mestre em Direito Administrativo, Universidade do Minho; Técnica Superior Jurista, Banco de Portugal.

**Ana Roso** - Doutorada em Direito Público, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Mestre em Direito Administrativo, Universidade de Coimbra.

**António Monteiro Delgado** - Mestre em Direito, Universidade Autónoma de Lisboa; Pós-Graduações em Direito Administrativo e Direito Fiscal, Universidade de Lisboa; Docente na Universidade de Cabo Verde e Universidade do Mindelo.

**Bartolomeu Varela** - PhD em Ciências da Educação, Licenciado e Pós-graduado em Direito; Docente e investigador na Universidade de Cabo Verde; Advogado e Consultor Jurídico.

**Carolina Braga** - Mestre em Direito, Universidade Estácio de Sá; Especialização em Direito Digital e Compliance, Faculdade Damásio Educacional; Residente Jurídico na Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro; Advogada, KCB Advogados.

**Carolina Merida** - Doutoranda em Direito Público, Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, PUC-GO; Especialista em Direito Público, Direito Empresarial e Planejamento Urbano e Ambiental; Professora na Universidade de Rio Verde – FESURV; Procuradora na Prefeitura Municipal de Rio Verde. Universidade da Madeira.

**Eduardo Alves** - PhD em Ciências do Trabalho - Direito da Educação, especialização em modelos jurídicos de escolas, Universidade de Cádiz; Investigador integrado no Centro de Investigação de Estudos Regionais e Locais (CIERL), Universidade da Madeira.

**Fabrizio Bon Vecchio** - Graduado em Direito e Finanças, Pós-Graduado por Coimbra em Direito Penal e pela Universidade de Maastrich em Tributação Internacional e Europeia; Sócio titular da banca de advogados “Vecchio Sociedade de Advocacia”.

**Ines Castelo Branco** - Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Em termos profissionais é advogada na CRBA - Sociedade de Advogados e formadora.

**Joaquim Ramalho** - PhD em Direito, Universidade de Vigo; Docente, Universidade Fernando Pessoa.

**João Proença Xavier** - Pósdoctoral Research Scientist - “Derechos Humanos en Perspectiva Comparada Brasil España”. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor Doutorado pela Universidade de Salamanca Especialista em Direitos Humanos / Direito Comparado/ Medicina da Reprodução e Direito Biomédico. UNIVERSIDADE DE SALAMANCA (Espanha).

**Marina Gadelha** - PhD em Direito, Universidade Católica de Pernambuco.

**Mônica Gusmão** - Docente de Direito Empresarial, Universidade Cândido Mendes.

**Obede Dias** - Advogada Criminalista de Segurança Pública, Social e Civil, Faculdade de Jundiaí – Unianchieta, Brasil.

**Otávio França** - LLM em Direito Corporativo pelo IBMEC; Mestrando pela Universidade Candido Mendes no Programa de Direito e Economia; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo; Advogado integrante da Ordem dos Advogados do Brasil.

**Rui Miguel Zeferino Ferreira** - Professor Adjunto no Instituto Superior de Entre Douro e Vouga (ISVOUGA) | Juiz-Arbitro no CAAD | Advogado.

**Sancha Campanella** - Doutoranda em Ciências Económicas e Empresarias - Universidade dos Açores; Vice-Diretora Geral do Instituto Superior de Administração e Línguas, docente, advogada, Mediadora de Conflitos Cíveis e Comerciais e Mediadora de Conflitos Familiares, inscrita na Lista de Mediadores de Conflitos, referida no artº 9 nº 1 al) e) da Lei 29/2013 de 19 de abril.

# ESTATUTO EDITORIAL



- I** – O **J2 - Jornal Jurídico**, conhecido também pela forma abreviada de **J2**, é uma publicação periódica. Propriedade da Editora: Ponteditora.
- II** – O **J2** pretende divulgar trabalhos e estudos científicos da área do Direito, através de pesquisas interdisciplinares e correlacionadas com o campo jurídico.
- III** – A linha editorial do **J2** centra-se na área do Direito, abrangendo várias áreas do conhecimento metodológico crítico e progressista.
- IV** – O **J2** tem por missão poder contribuir para o desenvolvimento da investigação Jurídica e de Direito em Portugal, na CPLP e na Diáspora de língua portuguesa pelo mundo.
- V** – O **J2** é editado semestralmente, em papel, em Portugal e, quando se justificar, na CPLP, sendo disseminada no resto do mundo através da Internet.
- VI** – O **J2** terá, aproximadamente, 80 a 100 páginas de formato A4 e uma tiragem em papel inferior a 1000 exemplares.
- VII** – O **J2** destina-se a professores, investigadores e académicos, nacionais ou estrangeiros.
- VIII** – O **J2** apresenta um corpo editorial técnico e científico, aberto a académicos, investigadores e profissionais oriundos de diversas organizações e empresas relacionadas com a investigação jurídica e de Direito.
- IX** – O **J2** publica artigos académicos e científicos, originais e de revisão.
- X** – O **J2** publica em português, podendo excecionalmente apresentar artigos noutra língua, desde que se trate de uma língua reconhecida internacionalmente no meio académico e profissional, como por exemplo em inglês.
- XI** – O **J2** pretende promover o intercâmbio de ideias, experiências e projetos entre os autores e editores, contribuindo para a reflexão do Direito e para a sua ligação com a sociedade.
- XII** – O **J2** assume o compromisso de assegurar o respeito pelos princípios deontológicos e pela ética profissional dos jornalistas, assim como pela boa-fé dos leitores, nos termos nº 1 do artigo 17º da Lei de Imprensa.

## CLÁUSULAS DE MEDIAÇÃO OBRIGATÓRIA EM CONTRATOS (CONVENÇÃO DE MEDIAÇÃO) - O DILEMA ENTRE A VOLUNTARIEDADE DA MEDIAÇÃO E A OBRIGAÇÃO DE CUMPRIMENTO DO CONTRATO

03

*Mandatory mediation clauses in contracts (mediation convention)  
– The dilemma between voluntary mediation and the obligation of  
the enforcement of the contract*

## ANÁLISE SOBRE OS PROCESSOS ESPECIAIS “PRÉ-INSOLVÊNCIA” CRIADOS NO ÂMBITO DO PROGRAMA REVITALIZAR

23

*Review of the special “pre-insolvency” proceedings created under  
the revitalize program*

## PREEMPÇÃO

33

*Pre – Emption*

## BREVE CARACTERIZAÇÃO DA FUNÇÃO PÚBLICA NO ESTADO DE DIREITO LIBERAL

41

*Brief characterization of the public service in the liberal rule of law*

## BIBLIOGRAFIA

54

*Bibliography*

MI

DICE

# EDITORIAL

Editora - chefe do J2 - Jornal Jurídico, **Cristiane Reis**

**Email:** csouzareis@gmail.com

Instituto de Estudos Comparados de Administração de Conflitos da Universidade Federal Fluminense (Rio de Janeiro, Brasil)

A Revista **J2** é um **Jornal Jurídico** que se dedica aos trabalhos acadêmicos na área do Direito, mas com matriz multi e transdisciplinar, sob um olhar sempre de vanguarda e crítico sobre os temas da atualidade, nacionais e internacionais, sobretudo no mundo lusófono. Garantindo a qualidade científica, todos os artigos submetidos à Revista são analisados por revisores afetos aos temas do artigo apresentado.

Desta forma, temos a alegria de chegar a nossa segunda edição da Revista, que tem uma periodicidade semestral, contando com quatro excelentes artigos, diversificados em temáticas, sendo certo que a concretização desta Revista somente é possível com a colaboração de todos os autores e pesquisadores que cedem seus brilhantes escritos, oriundos de suas pesquisas. Assim, desde já, deixamos registrado o nosso agradecimento!

Para além dos pesquisadores, agradecemos também aos editores, que cedem seu tempo para revisar os artigos submetidos para que esta Revista mantenha a qualidade científica a que se propôs desde o início de sua concepção. Agradecemos ainda aos leitores, destinatários destas páginas. Nosso muito obrigada!

O artigo *Análise sobre os processos especiais 'Pré-insolvência' criados no âmbito do programa Revitalizar* trata da grande problemática da sociedade de consumo e dos enormes conflitos que a mesma passa a engendrar, em especial em relação ao sobre-endividamento das famílias e das empresas. Assim, este artigo traz à reflexão os principais processos especiais pré-insolvência.

O texto denominado *Preempção* traz-nos um interessante estudo dos limites de competência da Região Autónoma da Madeira, em relação à autonomia, à administração e à gestão escolar, analisando, a posição adotada pelo Tribunal Constitucional em 2006 quanto a alteração do modelo regional da Madeira de organização das escolas.

O artigo *Breve caracterização da função pública no Estado de Direito Liberal* apresenta-nos um notável apanhado histórico sobre o conceito de função pública, demonstrando a sua evolução no tempo e que caracteriza, deste modo, a relação entre o modelo de Administração Pública correlacionado à função pública em cada momento histórico.

Por fim, o artigo *Cláusulas de mediação obrigatória em contratos (convenção de mediação) – O dilema entre a voluntariedade da mediação e a obrigação de cumprimento do contrato* no qual prima por demonstrar a compatibilidade entre os princípios do Direito, seja o geral, que determina o cumprimento dos contratos, posto que se há uma cláusula compromissória na qual o contrato deverá ser resolvido por meio da mediação, esta deverá ser cumprida (*pacta sunt servanda*) e, por outro lado, o princípio próprio do processo de mediação, que é da sua própria natureza: a voluntariedade.

Completa-se assim a relação temática desta rica edição que a todos abrilhantará.

**Boa leitura!**

# CLÁUSULAS DE MEDIAÇÃO OBRIGATÓRIA EM CONTRATOS (CONVENÇÃO DE MEDIAÇÃO) - O DILEMA ENTRE A VOLUNTARIEDADE DA MEDIAÇÃO E A OBRIGAÇÃO DE CUMPRIMENTO DO CONTRATO

MANDATORY MEDIATION CLAUSES IN CONTRACTS (MEDIATION CONVENTION) - THE  
DILEMMA BETWEEN VOLUNTARY MEDIATION AND THE OBLIGATION OF THE ENFORCEMENT  
OF THE CONTRACT

**Sancha Carvalho Campanella**

**E-mail:** [Sancha.campanella-267m@advogados.oa.pt](mailto:Sancha.campanella-267m@advogados.oa.pt)

Instituto Superior de Administração e Línguas da Madeira, ISAL.

## Resumo

O presente artigo tem a modesta pretensão de efetuar uma abordagem geral sobre a problemática das Cláusulas de Mediação de conflitos inseridas em contratos – Convenção de Mediação – e a sua compatibilização entre o princípio da voluntariedade da mediação e o princípio geral de direito do pontual cumprimento dos contratos. A escolha do tema prende-se com a vontade de demonstrar que ambos os princípios são compatíveis, e que fazem parte de um regime jurídico que protege ambos. A função jurisdicional do Estado está definida no art.º 202 da CRP, sendo a mesma atribuída aos tribunais, os quais administram a justiça em nome do povo. Incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados. Os tribunais podem ser coadjuvados por outras autoridades. A Constituição permite igualmente no art.º 202 n.º 4 a criação de instrumentos e formas de resolução alternativo de litígios, ou seja, formas não jurisdicionais de composição de conflitos. Com base neste princípio foram implementados todos os meios alternativos de resolução de conflitos, onde se inclui a mediação.

**Palavras-chave:** Mediação de Conflitos; Convenção de Mediação; Meios Alternativos de Resolução de Conflitos.

## Abstract

This article has the modest pretension of making a general approach over the problematic of Mediation Conflict Clauses included in contracts – Mediation Convention- and its compatibility between the principle of voluntary mediation and the general principle of punctual law of observance of contracts. The choice of this theme is due to the will of demonstrating that both principles are compatible and are part of a legal regime that protects both. The State judicial function is determined in article 202 of CRP, being this function assigned to courts, which inforce justice in the name of the people, delegates to courts to ensure the defense of rights and interests legally protected of citizens, repress the violation of democratic legality and solve the conflicts of public and private interests. Courts can be helped by other authorities.

The Constitution allows equally in article 202 nr. 4 the creation of instruments and forms of litigation alternative resolutions, meaning non-judicial forms of conflicts composition. Based in this principle were implemented alternative means of conflicts resolution, whereby mediation is included.

**Keywords:** Mediation Conflict; Mediation Convention; alternative means of conflicts resolution.

# Introdução

O presente artigo, tem a modesta pretensão de efetuar uma abordagem geral sobre o a problemática das Cláusulas de Mediação obrigatória insertas em contratos e a compatibilização entre o princípio da voluntariedade da mediação e o princípio geral de direito do pontual cumprimento dos contratos. Na análise desta problemática da compatibilidade entre ambos os princípios iremos abordar o regime jurídico da Mediação em Portugal, centrando-nos na Mediação Privada Civil e Comercial, pelo que não serão abordados os sistemas públicos de mediação.

Assim, o objetivo principal é proceder a uma análise sistemática do conceito do regime jurídico das cláusulas ou da convenção de mediação inserta em contratos, analisando os seus requisitos, consequências do seu incumprimento, bem como o seu regime processual.

Nesta ótica o nosso estudo tem como objetivos específicos:

- Identificar os sistemas e os princípios da mediação, analisando em particular o princípio da voluntariedade;
- Analisar a validade das cláusulas/convenção de mediação e os seus requisitos formais e substanciais;
- Analise do princípio da liberdade contratual e do cumprimento pontual dos contratos e compatibilização com o princípio da voluntariedade da mediação.

Sendo atualmente crescente o número de processos judiciais e existindo a tendência para recurso ao meios alternativos de resolução de litígios, será cada vez maior o número de contratos nos quais serão apostas cláusulas de mediação, as quais permitirão as partes tentarem resolver os seus litígios com recursos a meios não jurisdicionais, com todas as vantagens de tempo, burocracias, desgaste pessoal e custos financeiros. E antevendo-se o crescimento deste tipo de cláusulas entendemos ser de interesse analisar o regime jurídico das mesmas e a sua compatibilização com os princípios da voluntariedade da mediação e do cumprimento pontual dos contratos.

Dada a quase inexistência de estudos neste âmbito exclusivo, julgamos pertinente elaborar o artigo que esperamos venha a tornar-se útil para todos os que até a data têm sentido essa necessidade de informação nesta área.



# Metodologia

A ideia principal deste estudo foi tentar sistematizar todos os requisitos da convenção de mediação, seus princípios gerais, consequências do seu incumprimento e compatibilização com o princípio da voluntariedade. Para a prossecução desse objetivo recorreremos a diferentes fontes, a artigos, jurisprudência e ao estudo sistemático da legislação sobre esta matéria, utilizando, assim, o método dedutivo.

## A Mediação

A conflitualidade é inerente à condição humana. O direito fundamental de acesso à justiça como meio de dirimir conflitos não deve cingir-se ao acesso ao sistema judicial ou aos Tribunais.

A função jurisdicional do Estado está definida no art.º 202 da CRP, sendo a mesma atribuída aos tribunais, os quais administram a justiça em nome do povo. Incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados.

Os tribunais podem ser coadjuvados por outras autoridades.

A Constituição permite igualmente no art.º 202 n.º 4 a criação de instrumentos e formas de resolução alternativo de litígios, ou seja, formas não jurisdicionais de composição de conflitos.

Com base neste princípio foram implementados todos os meios alternativos de resolução de conflitos, onde se inclui a mediação.

A **mediação** é definida na LM – Lei 29/2013 de 19 de abril, no seu artigo 2.º como:

“forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos”.

A lei portuguesa está em harmonia com a Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho que define a figura da mediação como um:

“processo estruturado, independente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal ou imposto pelo direito de um Estado-Membro”.<sup>1</sup>

Podemos concluir que o procedimento de mediação tem como objetivo proporcionar um espaço de diálogo, possibilitando a investigação das motivações e problemas dos participantes, com recurso a um profissional – o mediador – independente e imparcial, que ajuda as partes na resolução do conflito.

É assim um meio alternativo de resolução de litígios, baseado na vontade das partes e com vista a uma solução consensual que satisfaça os interesses de ambas as partes, coadjuvado por um terceiro – o mediador.

Em Portugal temos simultaneamente sistemas públicos de mediação, especialmente regulamentados, como a Mediação Penal, Mediação Familiar e a Mediação Laboral e a mediação Privada Civil e Comercial, regulada pela Lei da Mediação (Lei 29/2013 de 19 de abril), lei que resultou da transposição para o ordenamento interno da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia de 21 de maio de 2008 relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial.

A mediação de conflitos é, assim, muito recente no nosso ordenamento jurídico, sendo quase inexistente jurisprudência sobre esta temática. A sua atualidade justifica a importância do tema.

A mediação é uma forma de autocomposição dos conflitos, pois os sujeitos ativos da resolução do litígio são as próprias partes em litígio, ou seja, no fundo são as próprias partes que resolvem o litígio.

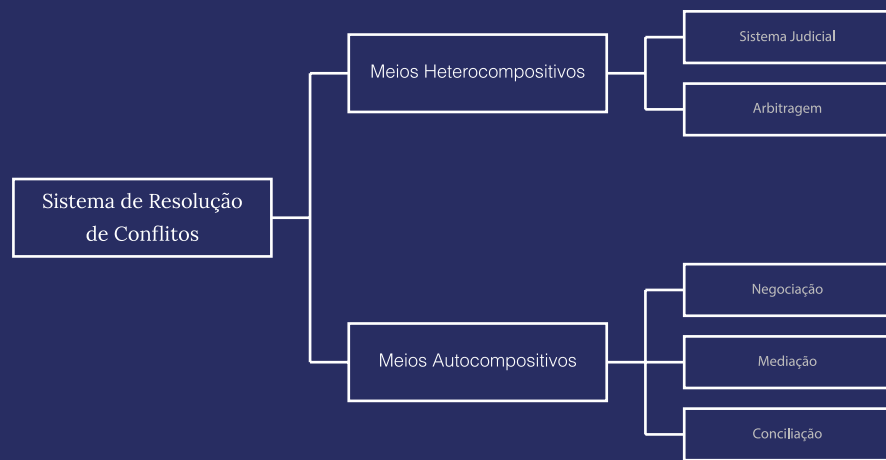
---

1

Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008 – Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex:32008L0052>.

Nos sistemas de resolução de conflitos temos meios Heterocompositivos e meio autocompositivos, os quais podem ser demonstrados no quadro que se segue:

Quadro 1 – Sistema de Resolução de Conflitos



Fonte: CEBOLA, Cátia Marques (2013), La Mediación (1ª ed.), Madrid: Marcial Pons, pág. 31.

A grande diferença entre os meios autocompositivos e heterocompositivos de resolução de conflitos é o sujeito que decide a resolução do conflito, nos primeiros são as próprias que decidem, ainda que coadjuvadas por um terceiro, nos segundos o conflito é resolvido por um terceiro dotado de poder para tal.

Não se pode confundir, contudo os meios autocompositivos com os meios alternativos de resolução de conflitos, já que a arbitragem é um meio heterocompositivo e simultaneamente um meio alternativo de resolução de conflitos. Os meios alternativos de resolução de conflitos são todos aqueles que se apresentam como “alternativa” aos meios judiciais tradicional – ao sistema judicial.

De forma muito simplista podemos definir:

- **Arbitragem**, e de acordo com a Professora Doutora Mariana Gouveia:

“... pode ser definida como um modo de resolução jurisdicional de conflitos em que a decisão, com base na vontade das partes, é confiada a terceiros. A Arbitragem é, assim, um meio de resolução alternativa de litígios adjudicatório, na medida em que o litígio é decidido por um ou vários terceiros. E essa decisão é vinculativa para as partes. A arbitragem aproxima-se do padrão judicial tradicional, sendo jurisdicional nos seus efeitos: não só a convenção arbitral gera um direito potestativo de constituição do tribunal arbitral e a consequente falta de jurisdição dos tribunais comuns, como também a decisão arbitral faz caso julgado e tem força executiva”.<sup>2</sup>

- **Negociação** - É uma decisão coletiva, baseada na comunicação ativa, orientada para um resultado, implicando transformação de valores de maneira a que as partes cheguem a um acordo. Este processo central baseia-se na troca de informação, na transformação de valores fixos em valores variáveis e na utilização do poder.

- **Conciliação** - A conciliação é uma forma especial de negociação, encaminhada por uma terceira pessoa, imparcial e neutra, que incentiva as partes na obtenção do acordo, agindo ativamente, propondo soluções. Difere da mediação por o mediador não poder propor soluções, apenas facilita a comunicação entre os mediados, e estes é que encontram a solução do conflito.

A conciliação está presente como no sistema judicial nas audiências preliminares e também nos Julgados de Paz. O ordenamento jurídico português admite ainda a conciliação realizada através de terceiros, nos Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo.

- **Mediação** - E de acordo com a definição constante na lei da mediação:

“forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos”.

A lei da Mediação como forma de complementar o próprio conceito de mediação definiu como “Mediador de conflitos”, na al. b) do art.º 2:

“um terceiro, imparcial, e independente desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio”.

## Princípios da Mediação

A lei da Mediação estabelece, no Capítulo II, um conjunto de princípios basilares, que são transversais a toda a mediação (penal, labora, civil e comercial), determinando no seu art.º 3º a aplicação universal destes princípios.

Os Princípios da Mediação são:

- Voluntariedade;
- Confidencialidade;
- Igualdade e Imparcialidade;
- Independência;
- Competência e responsabilidade;
- Executoriedade.

## Princípio da Voluntariedade

O **Princípio da voluntariedade** está plasmado no art.º 4º da Lei da Mediação, definindo a mediação como um procedimento voluntário, que necessita do consentimento esclarecido e informado das partes para a sua realização e que às partes cabe a responsabilidade por todas as decisões tomadas no mesmo. Contudo o legislador não se ficou pela voluntariedade apenas para o impulso processual, afirmando que as partes podem a qualquer momento, de forma conjunta ou individual, revogar o seu consentimento ou seja desistir do procedimento, enfatizando mais uma vez a vontade das partes como elemento essencial da mediação.

Assim, o princípio da voluntariedade manifesta-se na iniciativa, permanência, condução e conclusão do procedimento. Assim, o **princípio da voluntariedade**, ou seja, de controlo pelas partes do procedimento, tem diversas dimensões:

- Ao **nível da iniciativa processual** – o procedimento só se inicia por vontade das partes, sendo por isso necessário o seu consentimento expreso em Protocolo de Mediação.
- Ao **nível do terminus do processo** – quer na vertente de livre abandono do processo durante o processo terminando-o quer na vertente final de realização ou não de um acordo, bem como quanto ao conteúdo desse acordo.
- Ao **nível da escolha do mediador** – os mediados têm liberdade de escolha do mediador.
- Ao **nível do desenvolvimento do processo** – as partes é que definem como o mesmo se desenrola, que informação fornecessem, a sua duração, número de sessões, etc.

Ainda com o objetivo de fortalecer a voluntariedade das partes, definiu-se que a recusa das partes em iniciar ou prosseguir com o procedimento de mediação não consubstancia violação do dever de cooperação estabelecido no Código Processo Civil, impedindo que as partes sejam obrigadas de iniciar ou prosseguir o processo por imposição judicial. Não existe mediação obrigatória.

A mediação é um processo livre, baseado unicamente na vontade das partes, sem essa vontade não mediação.

## Princípio da Confidencialidade

O processo de mediação é confidencial, nos termos do art.º 5º da Lei da Mediação.

O mediador está sujeito ao dever de sigilo, mesmo dentro do próprio processo de mediação, pois as informações obtidas de uma parte do litígio não podem ser comunicadas às outras partes sem o consentimento. Como garantia desse dever de confidencialidade, a Lei da mediação impede no art.º 28 que o mediador possa ser testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa relacionada com o objeto da mediação.

O conteúdo das sessões de mediação não podem ser valorados em Tribunal ou em sede de arbitragem em violação ao princípio da confidencialidade. Assim, o dever de confidencialidade não recai só sobre o mediador, mas também sobre as partes, as quais não podem fazer valer-se do conteúdo das sessões de mediação.

O dever de confidencialidade conduto cede e pode cessar por razões de ordem pública ou quando seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtidos por via da mediação, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses.

## **Princípio da Igualdade e Imparcialidade**

O mediador é imparcial nas suas relações com as partes, é neutro quanto ao resultado do processo de mediação, respeita os pontos de vista das partes e preserva a sua igualdade na negociação e não tem o poder de impor uma solução às partes. O único objetivo do mediador é facilitar a comunicação, não tem interesse em nenhum resultado nem defende uma parte e não é um juiz ou arbitro – art.º 6 n.º 2 da Lei da Mediação.

As partes devem ser tratadas de forma equitativa durante todo o procedimento e deve ser sempre garantido o equilíbrio de poderes e participação das partes.

## **Princípio da Independência**

O mediador exerce a mediação de forma livre de qualquer pressão (art.º 7º da Lei da Mediação), e não está sujeito subordinado a nenhuma entidade, nem às partes.

## Princípio da Competência e Responsabilidade

Os mediadores devem ter formação própria e adequada, requisito essencial para fazerem parte da lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça.<sup>3</sup>

No tocante ao princípio da responsabilidade significa que o mediador que viole os seus deveres de exercício da atividade fica sujeito a responsabilidade civil pelos danos causados.

## Princípio da Executoriedade

O princípio da executoriedade encontra-se definido no art.º 9 da Lei da Mediação, e estabelece que os acordos de mediação têm força executiva direta, sem necessidade de homologação judicial desde que cumpram cinco requisitos:

1. Digam respeito a um litígio que possa ser mediável e que a lei não exija homologação judicial – significando que o litígio incide sobre interesses de natureza patrimonial ou suscetíveis de transação e que não se exija homologação (ficam de fora as mediações realizadas nos julgados de paz);
2. As partes tenham capacidade para celebrar;
3. Obtidos por mediação realizada nos termos legais;
4. Cujo conteúdo não viole a ordem pública;
5. Que seja celebrada por mediado inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça – vido nota 1.

---

<sup>3</sup> <http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica> dia 10.08.2018



Os quatro primeiros requisitos prendem-se, no fundo com a licitude do acordo em fase da lei.

Ao abrigo de um princípio de reciprocidade entre os Estados Membros da União Europeia, estabelece-se o reconhecimento automático da força executiva dos acordos de mediação celebrados noutros Estados Membros, desde que aí gozem da mesma prerrogativa.

## Outros princípios da Mediação

Para além dos princípios legalmente estabelecido a mediação beneficia dos seguintes princípios:

- **Consensualidade** - A finalidade de todo o processo é a obtenção de um acordo satisfatório para as partes, desde que seja um acordo exequível e que tenha em consideração os interesses envolvidos;
- **Extrajudicialidade** - O procedimento de mediação poderá decorrer antes, durante ou depois de um processo judicial, isto porque a mediação é autónoma face ao poder judicial, apenas se socorrendo dele para a consolidação jurídica dos resultados obtidos por via da homologação judicial dos acordos celebrados pelos interessados, se necessário for;
- **Flexibilidade** - O processo de mediação é ajustado à vontade e interesses das partes envolvidas, sendo assim flexível quer quanto à sua duração, número de sessões, assuntos a tratar, etc.
- **Celeridade** - A mediação procura dar uma resposta diferente da decisão judicial, não só ao nível do conteúdo, mas também de tempo e complexidade. Assim sendo, o princípio da celeridade garante que a resposta dada pela mediação ocorre num período de tempo inferior ao período de tempo em que é proferida uma decisão judicial.
- **Proximidade** - Este princípio caracteriza-se pela participação individual de parte no processo. O mediador ouve ambas as partes num ambiente próximo para compreender as motivações de cada um. O princípio da proximidade consubstancia-se, no fundo, pela ideia de uma solução consensual que nasce da vontade esclarecida de cada uma das partes.

## Mediação de conflitos e o Princípio da Voluntariedade

A mediação tem natureza contratual, pois todo o procedimento se baseia num acordo entre duas ou mais vontades de submeterem um litígio a este tipo de procedimento, com vista à obtenção de uma solução consensual que satisfaça todas as partes envolvidas. Tendo natureza contratual, necessariamente que a vontade das partes é um pressuposto fundamental.

A natureza contratual da mediação é confirmada pelos art.º 4, 12º, 16 n.º 2 e 3 e 20º da Lei da Mediação (Lei 29/2013 de 19 de abril), onde se estabelece o princípio da voluntariedade, da obrigatoriedade de celebração de protocolo de mediação, a definição dos seus elementos, e por fim o acordo.

O princípio da voluntariedade é uma condição *sine qua non* da Mediação, pois sem a vontade das partes, a qual deve ser livre e esclarecida, em iniciar o procedimento de mediação a mesma não existe. O princípio da autonomia da vontade que preside a celebração dos contratos aplica-se na mediação em todas as suas vertentes.

O princípio da autonomia da vontade consiste, genericamente, no poder das partes estipularem livremente, mediante acordo de vontades, os seus interesses, envolvendo, além da liberdade de criação contratual, a liberdade de contratar ou não contratar, de escolher a contraparte e de fixar o conteúdo do contrato, dentro dos limites fixado pela lei, pela ordem pública e pelos bons costumes.

Tal como já anteriormente mencionado, a Lei da Mediação no seu art.º 4º define mediação como um procedimento voluntário, que necessita do consentimento esclarecido e informado das partes para a sua realização e que às partes cabe a responsabilidade por todas as decisões tomadas no mesmo.

O princípio da voluntariedade ficou consagrado quer como impulso processual, quer como domínio das partes no desenvolvimento do procedimento e no seu terminus, quer por desistência quer levando o procedimento até ao fim, terminando com ou sem acordo de mediação.

Assim, o princípio da voluntariedade manifesta-se na iniciativa, permanência, condução e conclusão do procedimento.

# Convenção de Mediação

A convenção de mediação que é uma cláusula compromissória inserta num contrato, no qual as partes podem determinar sujeitar eventuais conflitos emergentes desse contrato à Mediação.

A Convenção de Mediação vem definida no art.º 12 da LM como um contrato definitivo e formal no qual as “partes podem prever, no âmbito de um contrato, que os litígios eventuais emergentes dessa relação jurídica contratual sejam submetidos a mediação”

Estas cláusulas de mediação, para além de terem de cumprir os requisitos gerais dos demais negócios jurídicos (capacidade, objeto, etc.), têm ainda que cumprir requisitos especiais. Saliente-se que ao nível da capacidade, o mediador tem o dever de verificar a legitimidade e capacidade para a mediação e como tal, deverá verificar tal condição na convenção de mediação.

Os requisitos especiais ou Condições de validade das cláusulas de mediação são:

- 1. Requisitos de forma** – A convenção de mediação é um **contrato formal**, ou seja, tem de ter forma escrita (desvio à regra da consensualidade prevista no Art.º 219 C.C.), embora a forma escrita seja flexível. São admissíveis uma panóplia diversificada de formas nos quais se incluem documento escrito assinado pelas partes, tais como, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, incluindo meios eletrónicos de comunicação (art.º 12 n.º 2 da LM). Tal como toda a violação à forma específica prescrita, a convenção que viole esta forma prescrita é nula (Art.º 12 n.º 3 e 220 CC).
- 2.** Não seja aplicada em relação a matérias que a lei impõe o recurso aos tribunais arbitrais ou judiciais.
- 3. Requisito Substancial** – O contrato principal deve recair sobre assuntos “mediáveis”, ou seja, deve recair sobre litígios que respeitem a interesses de natureza patrimonial (avaliáveis em dinheiro) ou caso os interesse não revistam cariz pecuniário não sejam direitos indisponíveis e como tal possam ser objeto de transação (art.º 11º n.º 1 e 2 da LM). Saliente-se que é nula a convenção que viole esta regra – art.º 16 n.º 3.

A convenção de mediação tem natureza contratual como já se viu e como tal corresponde à vontade das partes.

O art.º 405 do Código Civil, estabelece o princípio da Liberdade contratual, definido que:

“Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver”.

Este princípio de liberdade contratual não é nada mais que um princípio de “voluntariedade” contratual, ou seja, as partes celebram os contratos que quiserem, como quiserem quando quiserem, neles apondo as cláusulas que lhes aprouverem, dentro dos limites estabelecido na lei.

A celebração de uma convenção de mediação corresponde em toda a linha ao princípio da liberdade contratual, permitindo às partes, mesmo que não estivesse expressamente previsto na lei da mediação, a possibilidade de inserir nos seus contratos as cláusulas que lhes aprouver, desde que as mesmas respeitem os limites legais (capacidade, objeto, legitimidade, etc.). Ao abrigo deste princípio de liberdade contratual as partes podem estipular, previamente e antes dos litígios existirem, que os mesmo sejam primeiramente dirimidos com recurso à mediação, e só em caso de frustração desta o recurso às vias judiciais.

No Regime Jurídico Português temos um princípio de eficácia dos contratos, definido, no art.º 406º do Código Civil, que determina que os contratos devem ser pontualmente cumpridos, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei.

Com base neste princípio, num contrato com uma cláusula de mediação inserta, significaria que ao cumprir pontualmente o contrato as partes **deverão obrigatoriamente que recorrer à mediação.**

E neste campo coloca-se a questão de eventual colisão com o princípio da voluntariedade, pois uma parte poderia ser obrigada a recorrer à mediação, num momento em que efetivamente já não desejaria recorrer a tal meio alternativo de resolução de conflitos.

Em caso de incumprimento contratual, o regime geral estipulado na nossa lei é a reconstituição natural, ou seja, o cumprimento coativo ou quando tal não seja possível a opção pela responsabilidade obrigacional pelos danos causados pelo incumprimento.

Coloca-se, assim, a questão de saber em caso de violação da convenção de mediação, colocando o litígio diretamente no Tribunal sem previamente o submeter à mediação, quais serão as suas consequências jurídicas deste incumprimento.

## ***Doutrinariamente são admissíveis três posições sobre os efeitos das cláusulas de mediação***

**1. As cláusulas têm efeitos puramente obrigacionais**, o que significa que a sua violação gera **a direito de indemnizar** quem queria recorrer a mediação e já não o pode fazer por o litígio estar já a seu decidido nos tribunais judiciais. Esta solução, determinaria que a parte não violadora teria que alegar e provar os danos que teve com a violação da cláusula de Mediação, o que pode ser muito difícil provar danos eventuais, com exceção dos custos judiciais. Acresce que nunca se poderá afirmar que o procedimento de mediação teria o efeito pretendido, ou seja, se se conseguiria ou não a obtenção do acordo. Esta solução só será possível se existir uma cláusula penal para o incumprimento.

**2. A violação da convenção de mediação tem efeitos meramente processuais**, determinando a incompetência do tribunal para a análise do litigioso, configurando, assim, uma exceção dilatória. Esta solução oneraria muitas as partes, pois caso, a mediação não surtisse o efeito pretendido as mesmas teriam novamente que recorrer ao Tribunal. Não existiria, assim, um princípio de economia processual.

**3. A violação da convenção de mediação determina a suspensão da instância e o reencaminhamento pelo juiz das partes para o procedimento de mediação.** Esta é a solução preconizada pela lei portuguesa e que se irá explicar.

## Regime Jurídico existente

No tocante aos efeitos da violação da cláusula de mediação, o art.º 12 n.º 4 da LM determina a suspensão da instância pelo juiz. No entanto, tal suspensão não é oficiosa, ou seja, o tribunal não tem o dever de a conhecer nem indagar da existência de uma cláusula de mediação.

Muito pelo contrário é um ónus da parte interessada no cumprimento da convenção de mediação em alegar a sua existência e prová-la, requerendo no seu primeiro articulado (em regra a contestação) a suspensão da instância e remessa para o procedimento de mediação.

Este reencaminhamento para a mediação não significa que efetivamente a mediação tenha que ser levada a cabo até ao fim, pois as partes continuam com a possibilidade de terminar o processo de mediação mesmo sem a obtenção de acordo e até podem terminá-lo na sessão de pré-mediação. E neste caso seguiremos as regras do art.º 273 do CPC, ou seja, em caso de impossibilidade de acordo na mediação, o mediador dá conhecimento ao tribunal desse facto, cessando automaticamente a suspensão da instância, sem necessidade de qualquer ato do juiz ou da secretaria.

Caso não seja obtido o acordo, o processo judicial continua, com base no princípio de economia processual.

Caso a mediação surta efeito e seja obtido o acordo, o mesmo é remetido ao tribunal, para a homologação, vide art.º 273 n.º 5 do Código Civil, seguindo os termos definidos na lei para a homologação dos acordos de mediação, ou seja seguindo os parâmetros estabelecidos no art.º 14.º da Lei da Mediação, que determina que o Tribunal verifique se o objeto do litígio pode ser objeto de mediação, a capacidade das partes, se o acordo respeita os princípios gerais de direito e se o seu conteúdo não viola a ordem pública, nem constitui um abuso de direito.

# **Compatibilização com o Princípio da Voluntariedade e a Solução Preconizada**

Como vimos o princípio da voluntariedade é um princípio que deve presidir em todo o procedimento de mediação, pois nele assente a essência da mediação que é um processo de partes, baseado na sua vontade.

A natureza contratual da convenção de mediação e o facto de a mesma estar sujeita ao princípio do cumprimento pontual dos contratos em nada fere o princípio da voluntariedade, pois o mesmo está presente no momento da inserção da cláusula no contrato e porque as partes com base nesse princípio, podem acabar com o procedimento de mediação em qualquer momento, quer o procedimento se tenha iniciado voluntariamente quer tenha sido reencaminhado pelo tribunal apenas baseado na vontade de uma parte. Assim, a voluntariedade é sempre respeitada.

A obrigatoriedade da cláusula tem meros efeitos processuais que se consubstanciam unicamente na suspensão da instância de um processo judicial existente, para remessa para a mediação, sem impor, contudo, a obtenção de um acordo final na mediação. Ou seja, a mediação não é imposta, mesmo em “cumprimento coativo de uma cláusula contratual”, apenas se impõe à parte que cumpra pontualmente o que se obrigou e que submeta o litígio a mediação, sem contudo impor a conclusão do processo em mediação ou sem sequer impor que o procedimento de mediação se inicie. É apenas imposto às partes a celebração da sessão de pré-mediação, não sendo obrigatório a celebração do protocolo de mediação.

Assim, cumpre-se a convenção de mediação e continuamos a deixar o princípio da mediação intocável, podendo as partes, se assim, o entenderem resolver o litígio judicialmente, sendo o processo reencaminhado para o Tribunal.

Com a suspensão da instância em virtude da existência de uma cláusula de mediação, mediante requerimento da parte interessada, consegue-se compatibilizar o princípio da liberdade contratual, da voluntariedade da mediação e do cumprimento pontual dos contratos, sendo no fundo esta solução muito parecida ao cumprimento coativo do contrato, pois no fundo as partes acabam por cumprir a cláusula ao ir à sessão de pré-mediação.

## Conclusão

Conforme foi sendo descrito no nosso artigo existe plena compatibilidade entre o Princípio da Voluntariedade e o Princípio do Cumprimento Pontual dos contratos nos quais foi inserto um pacto de Mediação ou Convenção de Mediação obrigatória para resolução de conflitos. O sistema jurídico Português protege ambos os princípios, compatibiliza-os e encontra soluções para os problema que surgem na sua própria compatibilidade - exemplo: quando não se cumpre a própria cláusula de mediação obrigatória, o Código Processo Civil confere ao Réu interessado em fazer cumprir essa cláusula a possibilidade de a fazer cumprir, remetendo as partes para a mediação, sem contudo violar o princípio da voluntariedade, pois as partes mantêm-se detentoras das rédeas do processo podendo terminar este procedimento logo na sessão de pré-mediação.

O Princípio da liberdade contratual que preside a celebração dos contratos em Portugal, acaba por ser um afloramento do princípio da voluntariedade, pois a voluntariedade não é nada mais nada menos que as partes serem livres de escolher as cláusulas que colocam nos seus contratos, e como tal a cláusula de mediação obrigatória.

O princípio da voluntariedade consagrado na mediação, que saliente-se tem natureza ou cariz contratual, não é nada mais do que a consagração da liberdade das partes, que engloba necessariamente a liberdade contratual, pois têm liberdade para celebrar o protocolo de mediação e o acordo final nos moldes que melhor lhes aprouver ao abrigo da sua liberdade contratual.



No tocante ao Princípio do Cumprimento pontual dos contratos, e suas consequências em caso de violação da cláusula de mediação obrigatória, vimos que as consequências são meramente processuais e que não impõe de forma nenhuma uma mediação obrigatória, mas antes determinam única e exclusivamente a suspensão da instância, remetendo as partes para a mediação, conformando-se as mesmas com a mesma ou não. Ou seja, as partes podem manter-se no processo de mediação, podem terminar com o mesmo na sessão de pré-mediação ou noutro momento, continuando o princípio da voluntariedade a atual em pleno.

Este princípio do cumprimento pontual dos contratos, que numa primeira análise poderia colidir com a voluntariedade da mediação, pois impõe o cumprimento do contrato o que limita a liberdade de escolha das partes, efetivamente não colide, pois não a cláusula de mediação resulta de um princípio de liberdade e como tal voluntariedade e depois porque a solução legal de suspensão da instância, caso o litígio já esteja em tribunal com remessa das partes para a mediação, acautela também essa voluntariedade. Assim, se a parte efetivamente já não quer a mediação não será obrigada a tal e o processo será resolvido em tribunal. O que se impõe é o cumprimento do contrato, iniciando o procedimento de mediação, não obrigatoriedade de conclusão do mesmo.

Assim, podemos concluir que o não existe qualquer incompatibilidade entre princípio da voluntariedade, o princípio do cumprimento pontual dos contratos e a convenção de mediação.

# ANÁLISE SOBRE OS PROCESSOS ESPECIAIS “PRÉ-INSOLVÊNCIA” CRIADOS NO ÂMBITO DO PROGRAMA REVITALIZAR

*Review of the special “pre-insolvency” proceedings created under the revitalize program*

**Carla Menezes**

E-mail: [carlamenezes@hotmail.com](mailto:carlamenezes@hotmail.com)

ISAL

## Resumo

Com a expansão da “sociedade de consumo” têm surgido novos tipos de conflitualidade social aos quais os tribunais nem sempre conseguem dar respostas satisfatórias. A resolução dos problemas derivados do sobre-endividamento das famílias e das empresas, é um fenómeno que tem surgido nos últimos anos na sequência da difusão e diversificação dos hábitos de consumo e o Governo Português para dar resposta a este fenómeno e conseguir obter resultados mais céleres e menos dispendiosos, tem vindo a “tentar” implementar medidas extrajudiciais (como foi o caso do SIREVE mas que ficou aquém as expectativas), uma vez que os processos judiciais, geralmente, levam a um caminho com muitas delongas e, normalmente, quando se obtém uma decisão esta já produz poucos efeitos práticos.

As experiências de diversas ordens jurídicas revela-nos que o tratamento destas situações é mais bem conseguida se estiverem disponíveis de forma articulada procedimentos extrajudiciais, com soluções voluntárias e consensualizadas.

Este artigo pretende dar a conhecer os principais processos especiais “pré-insolvência” criados, na legislação portuguesa, bem como propor uma breve reflexão sobre as suas características e finalidades, evidenciando as suas principais diferenças.

Para cumprimento dos objetivos a que nos propusemos, tivemos presente a legislação nacional, os princípios subjacentes à recuperação extrajudicial e os ensinamentos da doutrina a este respeito.

**Palavras-chave:** Cultura do Consumismo; Conflitos; Superendividamento; Resolução alternativa de disputa; SIREVE; PER; Processos de pré-insolvência.

## Abstract

Nowadays with the expansion of the culture of consumerism, new types of social conflicts are constantly emerging. Conflicts in which ones our Courts barely can solve in a pleasant and satisfactory way. The resolution of problems concerning over-indebtedness of families and companies, it's a frequent phenomenon caused by the expansion and diversification of the consumer habits. Towards that effect, the Portuguese Government, in order to solve those conflicts, in a more efficient, fast and cheaper way, tries to implement alternative dispute resolution (as was the case with SIREVE but which fell short of expectations), since litigation or going to Courts, generally speaking, requires lengthy proceedings, and when there's a final decision, their effects are already ineffective.

In addition, the experience of the different legal system's have shown us that the treatment of those situations depends if there's a deliberative process and consensual solutions available, based on the alternative dispute resolution methods.

Therefore, the main objective with the elaboration of the present scientific article lies in the clarification of the existence of special key processes before initiating insolvency proceedings, and to clarify which process it's worthwhile. Not only, but with the present article, it's also very important to give some thought about their characteristics, purpose or objectives, highlighting their main differences.

In order to achieve our objectives, we took into account the national legislation, the principles underlying extrajudicial recovery, and the teachings of the doctrine in this respect.

**Keywords:** Culture of Consumerism; Conflicts; Over-indebtedness; Alternative Dispute Resolution; SIREVE; PER; Insolvency Proceedings.

## Introdução

No ano de 2012 foi lançado o Programa Revitalizar, o qual, para o Governo Português, constituiu uma resposta estratégica à necessidade de se criar uma envolvente favorável à revitalização do tecido empresarial nacional.

No âmbito do Programa Revitalizar, foram criados dois mecanismos processuais, que visam disponibilizar aos empresários um enquadramento legal adequado à recuperação de empresas em dificuldades: o **Processo Especial de Revitalização (PER)** consagrado nos arts. 17.º-A a 17.º-I do CIRE, na redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril e o **Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE)** criado pelo Decreto Lei n.º 178/2012, de 3 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 26/2015, de 6 de fevereiro.

Ambos os sistemas tinham como objetivo estabelecer um processo negocial de adesão voluntária (contratual), entre devedor e a totalidade, ou pelo menos a maioria, dos seus credores tendo em vista obter um acordo que permita a efetiva recuperação do devedor. Este processo negocial não constitui um dever, mas sim uma possibilidade e apenas deve ser iniciado quando os problemas financeiros do devedor possam ser ultrapassados através de um acordo celebrado neste âmbito e garantida, com forte probabilidade, que a empresa venha a manter-se em atividade após conclusão do acordo.

## Processo extra - judicial de conciliação: SIREVE

O art.º 16.º do CIRE determina que a sua aplicação não prejudica a possibilidade de recurso ao procedimento extrajudicial da conciliação,<sup>1</sup> ou seja, com esta previsão normativa procurou-se estimular a recuperação das empresas em dificuldades através de acordo com todos ou alguns dos seus credores, com a intervenção dos sócios ou outros interessados, sendo que para a obtenção desse acordo se estabelece a mediação de uma entidade pública – o IAPMEI.

---

1

Previsto no Decreto Lei n.º 178/2012, de 3 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 26/2015, de 6 de fevereiro.

O n.º 1 do art.º 2.º do Decreto Lei no 178/2012, de 3 de agosto, refere que “O SIREVE destina-se a empresas que se encontrem em situação económica difícil ou numa situação de insolvência iminente...”, o que implica que o procedimento de conciliação só pode ser aplicável a pessoas coletivas, sendo dele excluídos as pessoas singulares e os patrimónios autónomos.

O SIREVE era um processo gerido pelo IAPMEI que tinha como objetivo melhorar as condições para a recuperação extrajudicial de empresas que se encontrem em situação económica difícil ou numa situação de insolvência iminente ou atual,<sup>2</sup> assemelha-se ao PER mas, ao contrário deste, **só se destina a empresas** e estas podem estar em situação de insolvência atual.

Seria, portanto, um procedimento alternativo aos que estão previstos no CIRE, tendo por base a **negociação extrajudicial**, com vista à melhoria das condições de funcionamento da empresa e a continuidade da sua atividade. É ao IAPMEI, a quem cabia o papel de mediador e facilitador do processo negocial entre a empresa e os credores chamados a negociar neste âmbito, assegurando todo o suporte logístico e técnico.

O acompanhamento do IAPMEI manifestava-se, designadamente:

- a) Na decisão de aceitação ou recusa do requerimento, a tomar no prazo de 15 dias a contar da data de apresentação do requerimento, ou de 12 dias após a entrega dos elementos solicitados no convite ao aperfeiçoamento do dossier inicial;
- b) Na emissão de um juízo técnico acerca da viabilidade da empresa e sobre a proposta de acordo extrajudicial, emitindo o respetivo parecer no prazo de 30 dias após o despacho de aceitação do requerimento;
- c) No seu envolvimento durante as negociações, bem como na fase de elaboração do referido acordo, do qual também é subscritor. Tendo em vista contribuir para a formação de vontade que assegure que todos os meios disponíveis necessários à aprovação do plano sejam reunidos, o IAPMEI devia assumir uma atitude proactiva durante todo o processo, promovendo as diligências necessárias entre as partes com o objetivo de concluir um acordo equilibrado, que satisfaça o interesse de todas as partes e garanta a viabilidade do devedor. Ao IAPMEI cabia ainda a orientação das reuniões que entenda necessário convocar, a dinamização da apresentação ou reformulação de propostas e de modelos negociais, podendo fazer intervir outras entidades para além das indicadas pela requerente, designadamente, credores que tenham instaurado contra a empresa ações executivas.

---

<sup>2</sup> Artigo 2.º, n.º 1 do DL n.º 178/2012, de 3 de agosto

Sucedo, porém, que, na 11.<sup>a</sup> avaliação ao programa de ajustamento, o FMI é muito crítico em relação aos mecanismos de recuperação de empresas, nomeadamente o Programa Revitalizar.

No que concerne ao SIREVE, conclui que “Não é uma alternativa nas negociações extrajudiciais”. E o FMI encontra um culpado neste processo, o IAPMEI que tem pouca capacidade para ajudar as empresas a utilizar este instrumento.<sup>3</sup> A verdade é que, de acordo com dados recolhidos junto do IAPMEI, desde o início da sua vigência recorreram mais empresas ao PER do que ao SIREVE o que se pode dever a três causas possíveis:

- Uma causa histórica, que radica na ideia de continuidade que a generalidade das empresas fazem do SIREVE comparativamente ao PEC,<sup>4</sup> associada à falta de adesão que esta última medida teve no passado;

- Uma causa económica, que se prende com os rácios que o SIREVE exige ao plano de negócios a apresentar, tal plano, ao fim de 5 anos, tem que demonstrar que a empresa terá uma autonomia financeira superior a 15% (ou a 20% caso se trate de uma grande empresa) e um rácio de liquidez superior a 1,05. Ora, uma vez que o SIREVE está sujeito a um despacho inicial do IAPMEI e a um posterior juízo técnico do mesmo Instituto quanto à viabilidade económica das empresas requerentes e sendo certo que muitas das vezes tais empresas não conseguem cumprir os requisitos supra indicados, afigura-se-nos que tal circunstância poderá ser dissuadora do recurso ao procedimento.<sup>5</sup>

- Por último, uma causa de natureza “jurídica” e que se prende com o regime de suspensão das ações executivas e outras ações destinadas a exigir o cumprimento de obrigações pecuniárias, no PER vigora o regime da suspensão e no SIREVE não.

---

<sup>3</sup> In “Jornal de Negócios” de 21 de abril de 2014, consultável em: [http://www.jornaldenegocios.pt/empresas/pme/detalhe/fmi\\_arrasa\\_com\\_as\\_medidas\\_para\\_a\\_recuperacao\\_de\\_empresas.html](http://www.jornaldenegocios.pt/empresas/pme/detalhe/fmi_arrasa_com_as_medidas_para_a_recuperacao_de_empresas.html)

<sup>4</sup> PEC – Procedimento Extrajudicial de Conciliação (anterior ao SIREVE).

<sup>5</sup> Pelo contrário, o PER, não faz qualquer tipo de exigência neste sentido, estando apenas sujeito a um Despacho Judicial que, basicamente, se limita a verificar a adequação formal do requerimento apresentado ao normativo legal.

É, por estes e outros motivos, manifesto que o regime do SIREVE foi claramente mais frágil/ineficaz quando comparado com o regime do PER, o que fez com que houvesse mais adesão a este último procedimento judicial.

Nesta sequência, tendo em conta todas as desvantagens apresentadas pelo SIREVE ao longo da sua existência, o legislador nacional repensou os mecanismos extrajudiciais que detinha, **revogou o SIREVE** e criou o **Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas** (consagrado na Lei n.º 8/2018, de 2 de março), consagrando, simultaneamente, na Lei n.º 6/2018, de 22 de fevereiro, o estatuto do mediador de recuperação de empresas.

## Processo especial de revitalização - PER

Com a reforma do CIRE, introduzida pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, e sobretudo com a criação do PER, é indubitável que o legislador pretendeu criar um processo especial destinado, primordialmente, a estruturas empresariais mas também a pessoas singulares que, no quadro de urgência decorrente da situação difícil generalizada na economia portuguesa, permitisse a agilização de soluções e recriação de um ambiente mais favorável à confiança do mercado em que a recuperação do crédito se afigurasse como a mais rápida e eficaz.

Deste modo, qualquer devedor que se encontre em “situação económica difícil” ou em insolvência meramente iminente pode, mediante declaração escrita e assinada, na qual ateste que reúne condições necessárias à sua recuperação, dar início ao processo especial de revitalização - PER. Sendo o critério central para permitir o acesso a este novo regime o previsto no art.º 17.º - B do CIRE em que se define o conceito de “situação económica difícil”.

O PER tem, desde logo, uma característica essencial a este fim a que se propõe: permite aos devedores em situação económica difícil ou situação de insolvência eminente a sua recuperação mediante acordo com os seus credores sem que seja decretada a sua insolvência.<sup>6</sup> O PER é, assim, um

---

<sup>6</sup> Hoje em dia, uma empresa, para poder recorrer a um plano de recuperação através da decretação da insolvência, traz inconvenientes e dificuldades sérias no mercado: os devedores, decretada a insolvência, fogem a pagar, há dificuldades burocráticas várias entre as Finanças e a Conservatória do Registo Comercial e os credores encaram a empresa como debilitada e publicamente conotada como incumpridora. Este procedimento foi criado para evitar esta situação, decorre apenas entre o devedor e os seus credores e, no que é publicitado, leva ao mercado apenas a informação de que se trata de uma empresa em dificuldades que procura um entendimento com os seus credores.

processo especialíssimo em relação ao processo de insolvência, criado com a finalidade de proporcionar uma ferramenta legal expedita para a recuperação da empresa.

Os traços característicos deste procedimento especial são a celeridade, a consensualidade e a iniciativa do devedor. A celeridade enquanto traço essencial e condição de eficácia surge consagrado não só pela regra do n.º 3 do art.º 17.º - A do CIRE (carácter urgente), como pelos prazos e organização do próprio procedimento.

A consensualidade porque a finalidade do procedimento é possibilitar a negociação entre o devedor e os seus credores, sujeitando-os a algumas regras para o procedimento, orientações para a negociação e consequências quando reunidos os pressupostos previstos. E, por último, a iniciativa do devedor, porque a ele, e apenas a ele, cabe desencadear este procedimento, juntamente com a aceitação de um credor.

O legislador consagrou, no CIRE, não uma, mas duas modalidades de PER, cuja escolha dependerá do devedor:

- a)** O processo previsto nos art.º 17.º - A a 17.º - G, nos termos do qual o devedor vem abrir junto do tribunal um período de negociações que, chegadas a bom termo, serão objeto de homologação judicial vinculativa dos intervenientes e não intervenientes nesse acordo;
- b)** O processo previsto no art.º 17.º - I mediante o qual o devedor apresenta ao tribunal, para homologação um acordo extrajudicial já alcançado com credores representando a maioria de aprovação necessária, sobrevivendo, quer em caso de homologação, quer em caso de não homologação, as mesmas consequências.

## Fases e efeitos do PER

A fase inicial do procedimento do PER verifica-se quando o devedor apresenta – se ao tribunal competente acompanhado da declaração de recuperabilidade prevista no art.º 17.º - A CIRE, manifestando a vontade de iniciar negociações com os seus credores acompanhado de, pelo menos, um dos seus credores, tudo documentado por declaração escrita e juntando todos os elementos previstos no art.º 24.º e 17.º - C do CIRE.



O tribunal, recebida esta “comunicação”, deve nomear de imediato administrador judicial provisório, passando-se depois à fase da reclamação de créditos e o período de negociação. O devedor, logo que receba a notificação do despacho de nomeação do administrador judicial provisório, comunica<sup>7</sup> de imediato e por carta registada a todos os seus demais credores que deu início a negociações com vista à revitalização.

A intervenção do tribunal neste processo negocial resume-se, grosso modo, à nomeação inicial do administrador provisório, à decisão sobre as impugnações da lista provisória de créditos e à homologação (ou recusa) do plano de recuperação conducente à revitalização do devedor e, por último, caso não seja aprovado o plano de recuperação, à declaração de insolvência se o devedor se encontrar nessa situação.

Os efeitos do PER está previsto no art.º 17.º - E do CIRE, sendo o principal efeito o de “*stand still*”, ou seja, a nomeação de administrador provisório pelo juiz (despacho inicial de PER) obsta à instauração de quaisquer ações para a cobrança de dívida contra o devedor e, durante todo o tempo de decurso das negociações, tais ações suspendem-se.

As mesmas ações, incluindo declarativas e executivas, extinguem-se com a aprovação e homologação do plano de recuperação.<sup>8</sup> A ideia é proporcionar ao devedor algum espaço e tempo para se concentrar exclusivamente nas negociações, sem perturbações de defesa, diligências executivas, prazos processuais, entre outros.

---

<sup>7</sup> Comunicação com carácter vinculativo para participação nas negociações e informação de que a documentação relativa ao devedor se encontra na secretaria do tribunal.

<sup>8</sup> Estão aqui incluídas quer as ações executivas quer as declarativas condenatórias podendo incluir também ações especiais e procedimentos cautelares.

## Principais diferenças entre o SIREVE e o PER

A primeira diferença é a de que o SIREVE destinava-se a qualquer empresa que se encontrasse em situação económica difícil ou em estado de insolvência iminente ou atual (não podendo, contudo, ter sido já declarada insolvente), ao passo que o PER apenas pode ser usado por empresas em dificuldades, que ainda não estejam em situação de insolvência atual.

Por outro lado, no SIREVE, o IAPMEI assumia um papel nuclear, pois era a entidade que mediava as negociações entre o devedor e os credores, prestando, ainda, assessoria técnica ao devedor. Ora, tanto não se passa no PER, no qual o IAPMEI não intervém, sendo a sua posição ocupada pela figura do administrador judicial provisório, cuja intervenção é menos determinante do que aquela do IAPMEI.

Outro aspeto que diferenciava o SIREVE do PER é a circunstância de, no caso de frustração das negociações, o devedor não poder recorrer ao SIREVE durante um ano, enquanto que no PER este período é de dois anos. De outro passo, no PER, a decisão de nomeação do administrador judicial provisório obsta à instauração de ações para cobrança de dívidas contra o devedor, e, durante todo o tempo em que perdurarem as negociações, suspende, quanto ao devedor, as ações judiciais em curso com idêntica finalidade, extinguindo-se aquelas logo que seja aprovado e homologado o plano de recuperação, salvo quando este preveja a sua continuação. Já no SIREVE, as restrições ao comportamento dos credores desapareciam a partir do momento em que os credores comunicassem ao IAPMEI que não pretendiam participar no SIREVE.

No entanto, a diferença de regime mais importante parece ser esta: no SIREVE, o acordo aprovado vinculava, em regra, apenas os credores que tenham participado nas negociações. No PER, por sua vez, o plano de recuperação, quando homologado pelo tribunal, vincula todos os credores, incluindo aqueles que não participaram nas negociações ou que votaram contra a aprovação do plano.

## Conclusão

Face ao acima exposto, dir-se-á em conclusão que, por norma, o recurso ao PER apresenta-se como mais vantajoso, relativamente ao revogado SIREVE, para os empresários que queiram promover a revitalização da sua empresa, na medida em que, neste processo, o plano de recuperação homologado vincula sempre todos os credores.

Face à fraca adesão ao procedimento extrajudicial SIREVE, e atendendo à análise crítica do FMI, houve necessidade de tomar medidas e o legislador nacional repensou os mecanismos extrajudiciais que detinha, revogando o SIREVE e criando o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (consagrado na Lei n.º 8/2018, de 2 de março), consagrando, simultaneamente, na Lei n.º 6/2018, de 22 de fevereiro, o estatuto do mediador de recuperação de empresas, que sendo um regime alternativo de pré-insolvência, até à data ainda não obteve grande aplicabilidade, esperando-se que não siga o mesmo “caminho” que o SIREVE, o que só tempo o ditará.

# PREEMPTÃO

## PRE-EMPTION

**Eduardo Alves**

**E-mail:** jemalves1966@gmail.com

Centro De Investigação em Estudos Regionais e Locais da Universidade da Madeira  
(CIERL/UMa)

## Resumo

Conhecer amplamente os limites competenciais da Região Autónoma da Madeira, na área da autonomia, administração e gestão escolar, implica necessariamente estudar as intervenções que o Tribunal Constitucional seguiu nesta matéria.

Particularmente, obriga a analisar a posição tomada por aquele Tribunal, em 2006, a propósito da alteração do modelo regional da Madeira de organização das escolas, datado de 2000, e a posição discutível tomada de inconstitucionalidade declarada de normas deste e que fica próxima daquilo que é considerar existir em Portugal, na repartição competencial entre Estado e Regiões, uma ocupação de espaço normativo pela legislação nacional, coartando assim a possibilidade de intervenção do legislador regional, decisão jurisprudencial em contraciclo com a revisão da Constituição ocorrida em 2004.

**Palavras-chave:** Jurisprudência do Tribunal Constitucional; Modelo jurídico de escolas; Direito Educativo regional; Administração Escolar; Regionalização.

## Abstract

Know the limits of the Autonomous Region of Madeira, in the area of autonomy, administration and school management, necessarily implies to study the interventions followed by the Portuguese Constitutional Court in this matter.

In particular, it calls for an analysis of the position taken by that Superior Court, in 2006, with regard to the amendment of the regional model of school organization dated 2000 and the questionable unconstitutionality taken by this Court which is close to consider to exist in Portugal, in the division of powers between the State and Regions, an “federal occupation of the field” by national legislation, restraining the possibility of intervention by the regional legislator, a jurisprudential decision in opposition with the revision of the Constitution occurred in 2004.

**Keywords:** Jurisprudence of the Constitutional Court; Legal model of schools; Regional Education Law; School Administration; Regionalization.

## Introdução

Em sede constitucional, em Portugal, ao contrário do que se passa no ensino superior (n.º 1, do artigo 76º da Constituição), a autonomia das escolas dos ensinos básicos e secundário, não encontra no texto constitucional um acolhimento expressivo, de forma semelhante (n.º 1, do artigo 77º). Pode mesmo colocar-se a dúvida, da generosidade concedida pela Constituição, na sua *revisão de 1982*, onde foi inserida a referência à “gestão democrática” (n.º 1, do artigo 77º). A razão radica na inexistência no texto constitucional do que se deve entender por “gestão democrática das escolas”, qual o seu âmbito, fundamento e consequências, além da sua operacionalidade prática. Estamos, assim em crer, portanto, que este “espaço de manobra” deixará ao intérprete e ao legislador infraconstitucional, a possibilidade de ensaiar os entendimentos mais consentâneos com a realidade a que este pretenda atender e regular em concreto.

Concomitantemente, esta matéria entroncará, assim se poderá dizer, com a temática da “participação democrática no ensino”, cuja âncora constitucional é, com toda a certeza, o artigo 2º da Constituição, de resto, sustentáculo ideológico do próprio Estado português. Na realidade, este dispositivo constitucional e tudo aquilo que o mesmo dogmaticamente encerra, acaba por enformar uma arquitetura democrática do Estado Português, na área da administração educativa e conduz, assim, a uma interconexão nesta área com a temática da autonomia das escolas em Portugal (Alves, 2012).

Apresentado assim o “desenho” constitucional, que regulará esta matéria, e no qual nos moveremos em seguida, voltemos agora também a nossa atenção para a legislação infraconstitucional.

Igualmente, no que diz respeito à “Lei de Bases do Sistema Educativo”, em Portugal, constata-se que esta não vai além de uma enunciação da regra da participação democrática. Tal parece-nos sintomático deste seu entendimento, porquanto o alcance deste poder de desenvolvimento, insito nesta, acaba por ser-lhe dado mediante a possibilidade de um diploma específico de valor geral poder fazê-lo (ao abrigo do artigo 119º da Constituição). Neste passo, não esqueçamos que a citada “Lei de Bases” é de 1986 (Lei n.º 46/86, de 14 de outubro), posterior, portanto, ao preceito Constitucional introduzido na *revisão constitucional de 1982* (como se referiu).

# Afirmação na Madeira de um modelo regional de autonomia, administração e gestão escolar

Estes serão assim, entre nós em Portugal, os limites legais e o devido enquadramento jurídico-constitucional. Realidade, que permitiu ao legislador mover-se e que habilitou a Região Autónoma da Madeira, utilizando o dispositivo constitucional da alínea c), n.º 1 do artigo 227º da Constituição, na sua nova formulação saída da *revisão constitucional de 2004*, através da Assembleia Legislativa da Madeira, defender a possibilidade de desenvolver a própria “Lei de Bases do Sistema Educativo”, naquilo que esta se refere quanto à forma de designação dos membros dos órgãos de gestão das escolas, quer dizer, a forma de governação escolar dos ensinos básico e secundário da Madeira, redefinindo o *modelo regional* de autonomia, administração e gestão escolar (Alves, 2012).

Para completa avaliação e conhecimento desta realidade e também para alcançar os propósitos da nossa reflexão, torna-se crucial conhecer, no entanto, o papel do Tribunal Constitucional. Na realidade, o mesmo acabou por ser determinante, até ao momento, no formato que este *modelo regional* detém, uma vez que sendo inicialmente criado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 4/2000/M, de 31 de janeiro, foi objeto de fiscalização (*sucessiva da constitucionalidade*, pelo Tribunal Constitucional) e, depois, por ter sido alterado, na sequência daquela, foi ainda antecipadamente fiscalizado (agora de forma *preventiva da constitucionalidade*, pelo mesmo Tribunal), até obter a atual configuração como Decreto Legislativo Regional n.º 21/2006/M, de 21 de junho.

Na dimensão do *modelo regional* de autonomia, administração e gestão escolar assistem-se, pois, a duas intervenções jurisprudenciais. Ambas, incidindo sobre o *modelo* e neste descortinando aspetos que acabam por quedar-se, fundamentalmente, sobre a forma de seleção do órgão de gestão das escolas (*recrutamento versus eleição*).

A primeira, constante do Acórdão n.º 161/2003 (– Processo n.º 64/2000, de 06 de maio de 2003, publicado no Diário da República, I Série – A, número 104), que se pronunciou no sentido da ilegalidade do Decreto Legislativo Regional n.º 4/2000/M, na medida em que este previa para a designação do

órgão de gestão escolar, o *procedimento concursal* e não a eleição, como estabelecia, ao tempo<sup>1</sup> o *modelo estatal* (Decreto-Lei n.º 115-A/98, de 04 de maio).

Numa segunda intervenção, aquela que aqui releva para esta nossa análise, a mesma consta do Acórdão n.º 262/2006 (- Processo n.º 358/2006, de 02 de junho de 2006, publicado no Diário da República, I Série - A, n.º 107). Neste caso, o Tribunal Constitucional entendeu que não existindo, agora, os dispositivos constitucionais limitadores de competência legisferante das Regiões Autónomas que caíram, como se referiu, com a *revisão constitucional* de 2004; contudo, e por confronto com o n.º 4, do artigo 48º da “Lei de Bases do Sistema Educativo”, considerou ser esta opção regional inconstitucional, ainda assim, por entender o Tribunal ser este preceito como determinante no sentido de impor uma apresentação direta das candidaturas ao órgão de gestão da escola. Ancorou aqui, o Douto Tribunal, esta sua convicção, naquilo que o *modelo* criado pelo Estado previa (artigo 19º, do Decreto-Lei n.º 115 - A/98), entendendo mesmo que esta seria uma opção válida para todo o território nacional não se permitindo, consequentemente, uma regulação do legislador regional sobre esta matéria.

Por se tratar de temática de afirmação regional e, sobretudo, de alcance jurídico-constitucional (que este terá) merece aqui determos o nosso olhar crítico.

Ora, salvo o devido respeito pelo Douto Tribunal, aquela conclusão (constante do Ac. n.º 262/2006) merece contestação. É que, nos parece altamente discutível, não só poder concluir por esta desconformidade *tout court* face à “Lei de Bases”, como caracterizar esta “suposta desconformidade” como tratando-se de matéria de natureza de inconstitucionalidade *per se*. Além de tudo o mais, o Tribunal Constitucional entendeu que haveria uma desconformidade da legislação regional, não por contrariedade a configuração legal, devidamente fixada na “Lei de Bases do Sistema Educativo” (único parâmetro limitador, agora, após a *revisão de* 2004); mas, por não conformação à lei nacional, ao tomar como parâmetro referencial a normatividade constante do Decreto-Lei n.º 115 - A/98.

---

<sup>1</sup> Hoje, o Decreto-Lei n.º 75/2008, de 22 de abril, alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 224/2009, de 11 de novembro e 137/2012, de 02 de julho, revogou aquele Decreto-Lei n.º 115-A/98 e regula atualmente o *modelo estatal* de autonomia, administração e gestão das escolas.



Acontece, que ao adotar esta opção interpretativa, na verdade, acabou o Tribunal Constitucional por neutralizar a competência constitucional da Região Autónoma da Madeira para poder desenvolver a “Lei de Bases do Sistema Educativo”. Mas, mais, ao tomar como referência conformadora o citado Decreto-Lei n.º 115 - A/98, o Tribunal Constitucional criou mesmo (claramente, ao contrário daquilo que passou a prescrever a Constituição, com a *revisão de 2004*) “uma nova categoria de leis reforçadas” como afirma, e bem, Carla Amado Gomes (2007, p. 40), indo além do n.º 3, do artigo 112º, *in fine*, da Constituição.

A ser assim, trata-se aqui, então, da novidade de querer introduzir, reiterando uma vez mais Carla Amado Gomes, nesta lógica de pensamento jurídico do Tribunal Constitucional, o fenómeno típico dos ordenamentos jurídicos federais da **preempção** (idem, ibidem). Desiderato jurídico-constitucional, todavia, não aplicável em Portugal, como se sabe, em virtude da nossa configuração constitucional de *Estado unitário regional*, ou “politicamente descentralizado” (Miranda, 2005, p. 202). Pese embora, tratar-se de um Estado regional parcial, por só integrar duas Regiões Autónomas (art.º 6º e 225º e seguintes da Constituição).

Esclarecendo e seguindo o ensinamento doutrinário de Jorge Miranda (2005) a figura jurídica da preempção, no âmbito constitucional, é um fenómeno típico dos *ordenamentos federais*, com surgimento nos Estados Unidos e manifestado também noutros Estados federais (como o alemão) e que se traduz na “ocupação do espaço normativo” (do léxico americano, *federal occupation of the field*) pelas autoridades centrais provocando, de forma explícita ou implícita, a exclusão ou preclusão da produção legislativa de quaisquer outras entidades sobre tais matérias.

A Constituição prescrevia desde o seu início em 1976, o respeito pelos Decretos Legislativos das “Leis Gerais da República” (nº 3, do art.º 115º e alínea a), do nº1 do art.º 229º) ou, subsequentemente, desde 1997 (4ª *revisão*) pelos “princípios fundamentais das Leis Gerais da República”. Acontece, que com a *revisão de 2004* (6ª *revisão*) se: “inverte o postulado: normas legais decretadas sobre matérias não reservadas aos órgãos de soberania não se aplicam quando haja legislação regional própria (nº 2, do art.º 228º da Constituição [e]; logo, dir-se-ia que esta prevalece sobre aquelas” (Miranda, 2005, p. 215).

Realidade, que não entrará em conflito, ainda que legitimamente a dúvida possa suscitar-se, pelo facto supra aduzido da natureza de Portugal como *Estado unitário regional*, uma vez que se deverá convocar, também em abono desta compatibilização e convivência jurídica, os princípios gerais do Direito que regulam as relações entre leis gerais e leis especiais. Aqui, uma vez mais citando Jorge Miranda: “Os decretos legislativos regionais então teriam

preferência sobre as leis do Estado em matérias a estas não reservadas, porque lei geral não revoga lei especial (n.º 3, do art.º 7.º do Código Civil)” (idem, ibidem, p. 216).

## Conclusão

Atente-se assim, em concreto, que o Tribunal Constitucional aceitou como válido, nas suas conclusões, que a competência para desenvolver a “Lei de Bases do Sistema Educativo” é competência do Governo da República e, que, no caso concreto da administração e gestão das escolas, já o Governo nacional o teria feito para todo o território de Portugal, pelo Decreto-Lei n.º 115 - A/98, o que afastava a Região Autónoma de poder fazê-lo.

Com este raciocínio jurídico, efetivamente, o Tribunal Constitucional adota uma convicção de completo esvaziamento da competência legislativa complementar da Região Autónoma da Madeira (agora, inclusivamente e por paradoxal, maximizada, após a *revisão de 2004*). Adotará até, no dizer de Carla Amado Gomes, uma posição “constitucionalmente ilegítima” (2007, p.41). Isto porque, por um lado, envolve a criação de um sub-parâmetro de aferição da validade dos Decretos Legislativos Regionais de desenvolvimento das “Leis de Bases”, descaracterizando e atentando mesmo contra a competência primária das Regiões Autónomas em Portugal após a *revisão de 2004*; e, por outro lado, ao subverter a *matriz* hierárquica normativa constante da Lei Fundamental, o Tribunal Constitucional acaba contrariando a intenção declarada (também ela de natureza constitucional), que o legislador na *revisão de 2004* pretendeu conferir às Regiões Autónomas e quase condena estas últimas a um seguidismo nas opções formuladas pelo Estado, nas formulações que desenvolve.

Carlos Blanco de Moraes vai mais longe e considera que esta deriva poderá ser:

“... a possibilidade de o Tribunal Constitucional poder conservar cânones hermenêuticos de recorte mais centralista, nomeadamente, através de uma interpretação extensiva do conceito de matérias reservadas aos órgãos de soberania e de uma definição restritiva da medida de valor configurada pela noção de «âmbito regional»” (Blanco de Moraes, 2006).

Em síntese, esta nossa análise pretende colocar em evidência o sentido restrito que o Tribunal Constitucional, em Portugal, manifestou em matéria de repartição competencial constitucional, entre o Estado e a Região Autónoma da Madeira, na área da administração educacional, procurando contornos restritivos, que a atual arquitetura jurídica, saída da *revisão de 2004*, pelas razões antes expostas, claramente não coloca.

Assim sendo, acaba-se coartando, sobremaneira, um desígnio que aquele “legislador constitucional” em 2004 declarou assumir com esta *revisão* e fica por cumprir-se aquilo que se augurava em 24 de julho de 2004, com a publicação da 6.<sup>a</sup> *revisão* (Lei Constitucional 1/2004). A propósito desta, ao tempo, Vitalino Canas escreveria até, em anotação à alínea c), do n.º 1 do artigo 227.º da Constituição, o seguinte:

“... na alínea c), do n.º 1, [art.º 227.º] o poder legislativo autonómico sofre mais uma expansão, uma vez que as regiões passam a deter o poder de desenvolvimento dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos contidos em lei que a eles se circunscrevam. Até 2004, as regiões só podiam desenvolver as leis de bases sobre matérias não reservadas à competência da Assembleia da República, bem como em algumas matérias da reserva relativa desta, sempre em função do interesse específico, que, como se observou, desapareceu como limite ao poder legislativo autonómico,” (Canas, 2004, p. 236).

# BREVE CARACTERIZAÇÃO DA FUNÇÃO PÚBLICA NO ESTADO DE DIREITO LIBERAL

*Brief characterization of the public service in the liberal rule of law*

**Ana Cristina Martins Roso**

**E-mail:** [ana.roso@gmail.com](mailto:ana.roso@gmail.com)

Doutorada em Direito Público e Mestre na área do Direito Administrativo pela  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

## Resumo

A conceção da *função pública* não permaneceu imutável ao longo dos tempos, tendo acompanhado a evolução da ideia de Estado e da Administração Pública. Daqui sobressai uma relação necessária entre o modelo de Administração Pública, existente em cada momento, e a conceção correspondente de *função pública*.

A *função pública* é contemporânea da consolidação do Estado Moderno e do surgimento do Administração Pública.

Durante a época liberal, a *função pública* era constituída por um corpo de funcionários que desempenhava somente funções de autoridade e que se encontrava subordinado a um regime jurídico específico, e distinto do regime dos trabalhadores do sector privado. Tendo adquirido expressão, nesta altura, a *conceção organicista*, segundo a qual o funcionário é encarado como parte integrante da Administração Pública.

**Palavras-chave:** Administração Pública; Função Pública; Evolução histórica; Estado de Direito Liberal.

## Abstract

The conception of the *public function* has not remained unchanged over time, but has kept pace with the evolution of the idea of State and Public Administration. This highlights a necessary relationship between the Public Administration model that exists at any given moment and the corresponding conception of the *public function*.

The *public function* is contemporary with the consolidation of the Modern State and the emergence of Public Administration.

During the liberal age, the *public function* was constituted by a staff of officials who performed only functions of authority and who were subordinated to a specific legal regime, and distinct from the regime of private sector workers. Having acquired expression at this time, the *organicist conception*, according to which the official is regarded as an integral part of the Public Administration.

**Keywords:** Public administration; Public function; Historic evolution; Liberal State of Law.

## Introdução

Este ensaio tem por base parte da dissertação de doutoramento, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com o título: “O(s) Regime(s) do Emprego Público – Contributo para a evolução do modelo estatutário do emprego público”.<sup>1</sup> Propomo-nos fazer aqui uma breve análise da função pública durante a época liberal.

A conceção da *função pública* não permaneceu imutável ao longo dos tempos, tendo acompanhado, em cada momento, a evolução da ideia de Estado e da Administração Pública, do que sobressai uma relação necessária entre o modelo de Administração Pública existente em cada momento e a conceção correspondente de função pública. Como refere Vera Antunes o:

*“emprego público surgiu com a Administração Pública (em sentido organizatório) e por causa da Administração Pública (no seu sentido material). Eles têm, por isso, uma relação de correlatividade ou interdependência”.<sup>2</sup>*

Deste modo, a aparição da *função pública* foi contemporânea do surgimento da Administração Pública, o que ocorreu durante o Estado Moderno.

Com efeito, durante a época moderna embora já se possa falar, com rigor, da existência de Administração Pública e da *função pública*, não se pode ainda falar em Direito Administrativo, uma vez que ainda não há um conjunto de regras próprias que disciplinem a organização e atuação da administração, às quais o rei se submetta, só na época liberal, passamos a ter um Estado subordinado ao Direito.

Pretendemos, aqui, analisar, ainda que muito sumariamente, como se caracterizava a *função pública* no Estado de Direito Liberal.

---

<sup>1</sup> Cfr. Ana Roso, “O(s) Regime(s) do Emprego Público – Contributo para a evolução do modelo estatutário do emprego público”, (policopiada), dissertação de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, pág. 29-41.

<sup>2</sup> Vera Lúcia Santos Antunes, *O Contrato de trabalho na Administração Pública – evolução, reflexos e tendências para o emprego público*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 48.

# Aparição da função pública no Estado Moderno

O Estado Moderno surge alicerçado nas noções de Estado e de soberania, introduzidas respetivamente por Maquiavel e Jean Bodin, e por uma progressiva centralização e fortalecimento do poder real, contra o feudalismo e regime senhorial.<sup>3</sup>

O momento extremo da evolução do Estado Moderno surge entre meados do século XVII e finais do século XVIII, que ficou conhecida por “Estado-de-Polícia”. Tinha como principal característica, sem dúvida, o absolutismo da nova figura (o Estado), com a centralização completa dos poderes no seu representante máximo – o monarca. O Estado, o direito, o poder e o rei identificam-se, chegando ao ponto de Luís XIV afirmar que “L’État c’est moi”.<sup>4</sup>

Vive-se uma época de grandes realizações e obras públicas, que passam pela criação de universidades e construção de templos, pelo patrocínio de academia, entre outras.

Assiste-se, durante esta Época, ao surgimento, e a um grande desenvolvimento da Administração Pública do Estado. Aliás, a aparição da *função pública* é contemporânea da consolidação do Estado Moderno e do surgimento da Administração Pública.<sup>5</sup>

Foi durante esta época que o poder discricionário da administração (no fundo, do monarca) conheceu a sua máxima extensão. Assim, apesar de já se poder falar, com rigor, na existência da Administração Pública e da *função pública*, que surgem durante esta Época, não se poderá falar em Direito Administrativo, uma vez que não há regras próprias que disciplinem a organização e atuação da administração, às quais o monarca se submeta.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, pág. 25 e Vera Antunes, *O contrato*, cit., pág. 42.

<sup>4</sup> Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 26, Paulo Veiga e Moura, *A privatização da função pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 22.

<sup>5</sup> Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 26.

<sup>6</sup> Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 26.

No Estado Absolutista destacaram-se um conjunto de cargos, uns de derivação feudal: os oficiais, e outros de criação régia: os comissários, que passam a satisfazer de modo estável à satisfação das necessidades públicas.<sup>7</sup>

Freitas do Amaral aponta como o maior ponto fraco deste imponente sistema administrativo o modo de recrutamento e promoção do funcionalismo público, fazendo-se por favoritismo e não por mérito, continuando a ser admitida a transmissão dos cargos públicos através de venda ou de herança (sistema da venalidade dos ofícios), debilidade esta que a administração portuguesa também sofreu.<sup>8</sup> Assistindo-se, nesta época à multiplicação dos ofícios.<sup>9</sup>

Por sua vez, para reforçar a sua presença e para realizar com a eficácia pretendida as tarefas inerentes ao seu poder, designadamente as de *Polícia*, o Monarca recorre cada vez mais aos comissários, verdadeiros delegados pessoais do Rei nas províncias.<sup>10</sup>

O vínculo que une os oficiais e comissários ao rei (depois ao Fisco) é nesta altura explicado nos quadros do direito civil, sendo configurado como um ato translativo de direitos reais – no caso dos oficiais –, ou surgindo como um vínculo de natureza obrigacional, recorrendo-se às figuras do mandato ou da *locatio operarum* – no caso dos comissários.<sup>11 12</sup>

---

<sup>7</sup> Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 19, e Mario Nigro, “Amministrazione Pubblica (organizzazione giuridica dell)”, in *Enciclopédia Giuridica Giovanni Treccani*, Vol. II, pág. 1.

<sup>8</sup> Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª Edição (6.ª Reimpressão), Almedina, Coimbra, 2011, pág. 67.

<sup>9</sup> Cfr. Catherine Kaftani, *La formation du concept de fonction publique en France*, Bibliothèque de Droit Public, Tome 196, L.G.D.J., Paris, 1998, pág.26.

<sup>10</sup> Catherine Kaftani, *La formation...*, cit., pág.29-30.

<sup>11</sup> Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Coletiva dos trabalhadores da Administração. Crise do Modelo clássico de Emprego Público*, Studia Iuridica 9, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág.74.

<sup>12</sup> Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 19.



Durante o século XVIII surgem os “*ingénieurs*”, um novo tipo de servidores, recrutados segundo o método do concurso, dado a conhecer em França pelos Jesuítas, a quem, com o fim de tornar a função atrativa, já se reconhecem algumas garantias de carreira.<sup>13</sup> Acredita-se que este corpo de engenheiros esteja na génese do, que seriam mais tarde, os “funcionários”.<sup>14</sup>

## O surgimento do Estado de Direito Liberal

Influenciada pela Revolução Parlamentar Inglesa (1688), e pela Revolução Americana (1776), a Revolução Francesa de 1789 foi sem dúvida a maior e mais marcante de todas as revoluções liberais.<sup>15</sup> Aboliu de vez os direitos feudais e proclamou os princípios universais da *Liberté, Egalité e Fraternité*,<sup>16</sup> sendo pois com ela que os valores liberais ganham inusitado vigor na Europa Continental.<sup>17</sup> O seu ideário liberal triunfador irá propagar-se pela Europa, os ventos revolucionários sopram por todo o continente Europeu e deste modo a França revolucionária acaba por deixar um legado decisivo para a compreensão do Estado de Direito.<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> Jean-Michel de Forges, *Droit de la fonction publique*, 1997, Presses Universitaires de France, Paris 1986, pág.60.

<sup>14</sup> Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 22-24.

<sup>15</sup> De notar que até às revoluções liberais vigorou um sistema administrativo tradicional, assente na confusão dos poderes e na inexistência do Estado de Direito; depois das revoluções liberais estabelecem-se os sistemas administrativos modernos, baseados na separação de poderes e no Estado de Direito. A implantação destes sistemas administrativos modernos segue vias diferentes na Inglaterra e em França. O que dará lugar a dos sistemas administrativos bem distintos: o sistema de tipo britânico, ou de *administração judiciária*, e o sistema de tipo francês, ou de *administração executiva*. De acrescentar que, o sistema administrativo oriundo da Inglaterra vigora hoje em dia na generalidade dos países anglo-saxónicos, nomeadamente nos Estados Unidos da América (com algumas especificidades). Por sua vez, o sistema administrativo que nasceu em França vigora hoje em dia em quase todos os países continentais da Europa Ocidental (como, por exemplo, em Portugal e Espanha), havendo, no entanto, variantes nacionais – designadamente em Itália. Cfr., e também para mais desenvolvimentos, Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pág. 102, 107 e 113.

<sup>16</sup> Vera Antunes, *O contrato*, cit., pág. 44.

<sup>17</sup> Maria da Glória Dias Garcia, *Da Justiça Administrativa em Portugal. Sua origem e evolução*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1994, pág. 272.

<sup>18</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Estado de Direito*, Cadernos Democráticos, Fundação Mário Soares, Edição Gradiva, Lisboa, 1999, pág. 26.

Com a Revolução Francesa triunfam os ideais de liberalismo individual contra o autoritarismo tradicional do absolutismo régio. Aquela Revolução dará lugar a uma nova ordem social. A soberania que antes era um atributo do poder estadual do monarca agora passa a pertencer à Nação,<sup>19</sup> e a definição da vontade geral (composta por vontades individuais) encontra-se na lei geral e impessoal, condição essencial para alcançar a igualdade e liberdade tão proclamadas e desejadas.<sup>20</sup>

A ideia liberal do governo limitado conduziu naturalmente a uma divisão dos poderes públicos e a uma subordinação da administração à lei parlamentar, e portanto ao Direito.<sup>21</sup> Formulam-se, e afirmam-se, aqui dois importantes princípios que se apresentarão como decisivos para o nascimento do Direito Administrativo:<sup>22</sup> *o princípio da separação de poderes, e o princípio da legalidade da administração.*

O *princípio da separação de poderes* põe cobro à concentração de todos os poderes nas mãos de uma só pessoa (monarca) – qual como vinda acontecendo no anterior Estado Absolutista –, e leva à repartição do poder público pelo poder legislativo, poder executivo e poder judicial. A Coroa perde o poder legislativo, que é atribuído ao Parlamento, e o poder judicial, que é confiado aos Tribunais, ficando apenas para si com o poder executivo.<sup>23</sup> O mesmo sucedeu em Portugal com a Constituição de 1822 e posteriormente

---

<sup>19</sup> Maria da Glória Garcia, *Da Justiça Administrativa*, cit., pág. 266, e Rogério Soares, *Interesse Público*, cit, pág. 64.

<sup>20</sup> Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 24-25, Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pág. 70.

<sup>21</sup> José Carlos Vieira de Andrade, *Lições de Direito Administrativo*, 2.ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, pág.18.

<sup>22</sup> Foi na sequência da Revolução Francesa de 1789 que o Direito Administrativo começou a emergir lentamente do nada e se esboçam os traços dominantes daquilo a que Hauriou viria a chamar, mais tarde, de “regime administrativo”: contando este com a existência de uma jurisdição administrativa especializada e a sujeição da Administração a regras diferentes das do direito privado (cfr. Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 12.ª ed., Recueil Sirey, Paris, 1933, pág. 1-3). Entendendo-se que foi o Conseil d' État quem forjou as regras aplicáveis à Administração e que se afirmou a existência de um direito autónomo, cfr. Prosper Weil, *O Direito Administrativo*, (edição portuguesa), Almedina, Coimbra, 1977, pág. 15.

<sup>23</sup> Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pág. 70. Embora rapidamente se tenha evoluído no sentido da *preponderância do poder legislativo democrático* sobre os outros dois poderes estaduais; convertendo-se então o Parlamento no centro do Estado, cfr. Vieira de Andrade, *Lições*, cit. pág. 18

com a Carta Constitucional de 1826, que decretaram o *princípio da separação de poderes*. A Mouzinho Silveira coube concretizar este princípio na legislação ordinária.<sup>24</sup>

O *princípio da legalidade da administração* impede a Administração de invadir a esfera dos particulares ou prejudicar os seus direitos sem ser com base numa lei emanada pelo Poder Legislativo.<sup>25</sup> Este princípio surge como concretização do Estado de Direito, e representa o nascimento de um *direito especial* (diferente do direito privado comum) a que está sujeita a Administração Pública.<sup>26</sup>

A Revolução Francesa – já considerada como um glorioso movimento que com o seu ímpeto avassalador se impôs por todo o Mundo Ocidental,<sup>27</sup> sobretudo na maior parte dos países continentais da Europa Ocidental, tal como Portugal e Espanha<sup>28</sup> – foi fundamental para o surgimento do Direito Administrativo, sendo ainda hoje um marco histórico de referência do Direito Administrativo vigente.<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> Vera Antunes, *O contrato*, cit., pág. 44.

<sup>25</sup> Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pág. 70.

<sup>26</sup> Vieira de Andrade, *Lições*, cit., pág. 18.

<sup>27</sup> Ramón Martín Mateo e Juan José Díez Sánchez, *Manual de Derecho Administrativo*, 29.ª Ed., Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 38.

<sup>28</sup> Vide, a este propósito, entre outros, Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade do New Public Management com os Princípios Constitucionais*, (dissertação de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), policopiado, Coimbra, 2002, cit., pág. 28; e Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pág. 101 e 113; Ramón Martín Mateo e Juan José Díez Sánchez, *Manual*, cit., pág. 37-38, e, Maria da Glória Garcia, *Da Justiça Administrativa*, cit., pág. 272.

<sup>29</sup> Enrique Linde Paniagua, *Fundamentos de Derecho Administrativo: del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, UNED, 3.ª ed, cit., pág. 47-48.

Havia uma grande distância entre as preocupações do Estado e as da sociedade, pois eram dois mundos diferentes e separados, o que explica a política do “*laissez faire, laissez passer*” e a configuração do Estado como guarda-noturno, ou de Estado-segurança, com uma significativa redução do seu papel e do seu intervencionismo, configurando-se praticamente apenas como esquadra de polícia (com a finalidade de manter a ordem e a segurança) e repartição de finanças.<sup>30</sup>

## A função pública no Estado de Direito Liberal

No Estado Liberal luta-se contra os privilégios outrora existentes, proclama-se que todos os homens são iguais por natureza e perante a lei, o que conduz ao reconhecimento de os “...*privilégios são por sua natureza injustos, odiosos e contraditórios com o fim supremo de toda a sociedade política*”,<sup>31</sup> e leva, então, à supressão dos ofícios e à abertura do acesso às funções públicas a todos os cidadãos.<sup>32</sup>

A Administração Liberal, no exercício das poucas funções que lhe cabiam essencialmente de segurança e de finanças, apresenta uma natureza fundamentalmente agressiva, assumindo-se como uma Administração-Poder, investida de *ius imperium*, atuando, neste domínio, em execução da lei e através de atos unilaterais suscetíveis de produzirem os seus efeitos sem prévio recurso jurisdicional.<sup>33</sup> Estes fatores ajudam a explicar que a função pública nesta altura se organizava em moldes militares, parecendo os funcionários soldados<sup>34</sup> que integram um verdadeiro exército, tendo os seus chefes – os Ministros – e os seus estados-maiores – os Secretários.

<sup>30</sup> Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 27.

<sup>31</sup> Emmanuel Joseph Sieyès, *Qué es el Estado llano?: ensayo sobre los privilegios*, (tradução de José Rico Godoy), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pág. 5-6.

<sup>32</sup> Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 27; e Catherine Kaftani, *La formation...*, cit., pág. 65-66.

<sup>33</sup> Luciano Parejo Alfonso, Antonio Jiménez-Blanco e Luis Ortega Álvarez, *Manual de Derecho Administrativo*, 3.ª edição, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1994, pág. 13.

<sup>34</sup> Vassilios Kondylis, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, Bibliothèque de Droit Public, Tome 168, L.G.D.J., Paris, 1994, pág. 48.

Em meados do século XIX a explicação civilista da representação ou do mandato começa a mostrar insuficiências, uma vez que esta explicação não permite imputar à Administração a responsabilidade de muitos dos atos danosos praticados pelos dependentes públicos, pois como refere Liberal Fernandes:

*“nos termos da figura da representação e do mandato, a Administração poderia usar de determinados expedientes para se eximir da responsabilidade decorrente dos atos ilícitos praticados por aqueles”.<sup>35</sup>*

Pelo que, logo se reconheceu a conveniência de poder imputar à pessoa coletiva pública, designadamente ao Estado, as consequências jurídicas de todos os atos praticados pelos seus agentes e funcionários, ainda que se tratassem de atos ilícitos ou ilegais, o que leva ao fim da teoria da representação no âmbito da *função pública*, devido precisamente à sua incapacidade lógica para suportar tal asserção.<sup>36</sup> Passando assim a recorrer-se à teoria organicista,<sup>37</sup> a qual fornece a explicação para a utilização dos funcionários como instrumentos do exercício do poder público,<sup>38</sup> sustentando-se que o funcionário público é uma parte, um instrumento da Administração, que da mesma maneira que a boca ou as mãos são órgãos e instrumentos das pessoas físicas, através dos quais estas expressam a sua vontade.

<sup>35</sup> Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Coletiva*, cit., pág. 88, nota n.º 241.

<sup>36</sup> Neste sentido, Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1984, pág. 224.

<sup>37</sup> A teoria organicista das pessoas coletivas foi elaborada pela doutrina alemã do século XIX (Gierke, 1877), vide Massimo Severo Giannini, “Organi (teoria generale)”, in *Enciclopédia del Diritto*, Vol. XXXI, Giuffrè Editore, 1981, Milano, pág. 37. Também para uma noção de órgão, *ibidem*, pág. 37 e sgs. Para mais desenvolvimentos, sobre a concepção organicista do agente público, vide, entre outros, Ramón Parada Vázquez, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, 18.ª Edição, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 20-23; Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Coletiva*, cit., pág. 87-92; Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 118, e Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, Vol. I, cit., pág. 223-227.

<sup>38</sup> Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 30-31.

A conceção organicista permite transformar os *funcionários* em partes integrantes da Administração, com quem constituíam uma unidade jurídica,<sup>39</sup> levando, assim, à dissolução da individualidade do funcionário no seio da estrutura orgânica que integra, de tal forma que não é pensável que tivesse interesses diferentes do interesse público.<sup>40</sup> No entanto, apesar disso, a *função pública* revestia-se socialmente de enorme prestígio, com grande superioridade de atração em relação às atividades privadas. Os serviços administrativos tinham maior tradição, melhor organização do que as empresas privadas, e os servidores gozavam de maiores regalias e garantias de que os empregados de patrões privados. Aliás, consistia o Estado, a muitos títulos, no “*melhor patrão*”.<sup>41</sup>

Assim sendo, o *funcionário*, por um lado: desempenhando um importante papel no seio do Estado, era alguém que participava no exercício das funções de soberania e autoridade estaduais,<sup>42</sup> pelo que era visto como “*un citoyen spécial*”,<sup>43</sup> sendo-lhe concedida uma expectativa acrescida de fazer carreira dentro do serviço público, usufruindo do referido prestígio social elevado, e recebendo uma compensação pecuniária que não configura um salário mas antes uma compensação pelo *status* alcançado. Por outro lado: o funcionário encontrava-se impossibilitado de negociar as condições particulares de trabalho e ao reconhecimento de que o governo pode a todo o tempo modificar a regulamentação vigente para a adaptar às necessidades do serviço público.<sup>44</sup>

O vínculo de ligação entre o funcionário e o Estado não era igual à dos demais contratos de trabalho privados, pois, a situação resultante daquele vínculo poderia, ser livremente modificada, pelo Estado, em nome do interesse geral. Não se está, pois, perante uma verdadeira situação “contratual”, mas sim diante de uma situação “estatutária”.<sup>45</sup>

---

<sup>39</sup> Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 30-31.

<sup>40</sup> Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 30.

<sup>41</sup> Marcello Caetano, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 3.ª Reimpressão Portuguesa da edição Brasileira de 1977, 2010, pág. 290.

<sup>42</sup> O Estado Liberal tinha funções reduzidas, mas de *imperium*.

<sup>43</sup> Maurice Hauriou, *Précis Élémentaire de Droit administratif*, 4.ª edição, Recueil Sirye, Paris, 1937, pág. 73.

<sup>44</sup> Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 33.

<sup>45</sup> Eduardo Sebastião Vaz Oliveira, “A função Pública Portuguesa. Estatuto novo ou nova Política?”, n.º 122, in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, 1969, pág. 28-29.

Chamava-se *estatuto dos funcionários*<sup>46</sup> ao conjunto das normas legais que definia e regulava os deveres e as faculdades correspondentes à qualidade de funcionário<sup>47</sup> – entre as quais ressaltam a segurança de emprego, a estruturação do trabalho em carreiras, a promoção em função da antiguidade, e o ingresso mediante concurso público baseado no mérito.<sup>48</sup>

Surge assim o funcionário que nesta altura só desempenha funções de autoridade da Administração Pública, o que justificava a subordinação a um ramo especial do direito: o Direito Administrativo, distinto do direito a que se encontravam sujeitos os trabalhadores do sector privado.

Mais tarde, no Estado de Direito Social está situação virá a sofrer alterações, passando a existir, na Administração Pública, funcionários que a par daqueles que continuam a exercer funções de autoridade, têm funções predominantemente técnicas, levantando a questão de saber se continua a justificar-se a permanência de um regime jurídico especial para os funcionários da Administração Pública, distinto do regime legal a que se encontram sujeitos os trabalhadores das empresas.

---

<sup>46</sup> Segundo Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira “*estatuto da função pública*” entende-se o complexo de direitos e deveres dos agentes administrativos, cfr. Eduardo Sebastião Vaz Oliveira, “A função Pública Portuguesa” cit., pág. 18-19.

<sup>47</sup> Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 10.<sup>a</sup> Edição (10.<sup>a</sup> Reimpressão), revista e atualizada por Freitas do Amaral, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 685.

<sup>48</sup> Cfr. Alda Martins, “A laboralização da função pública e o direito constitucional à segurança no emprego”, in *Julgar*, n.º 7, 2009, pág. 170. Disponível em <http://julgar.pt/a-laborizacao-da-funcao-publica-e-o-direito-constitucional-a-seguranca-no-emprego/>. Consultado a 29.09.2019.

## Conclusão

A evolução da Administração Pública está intimamente ligada com o surgimento e evolução da *função pública*. A Administração Pública e a *função pública* surgem somente a partir do Estado Absolutista. Por sua vez, só se pode falar de um Estado subordinado ao Direito, depois das revoluções liberais, no Estado de Direito Liberal.

Durante a época liberal ganha expressão a *conceção organicista*, segundo a qual os funcionários são uma parte integrante da Administração Pública.

Estes só desempenhavam, à data, funções de autoridade, encontrando-se numa situação estatutária e como tal sujeito a um regime legal específico, distinto dos trabalhadores do sector privado: o Direito Administrativo.

Mais tarde, já no Estado de Direito Social, a par de funcionários que continuam a exercer funções de autoridade, passam a existir outros que exercem funções predominantemente técnicas, o que vem colocar a questão da necessidade de existência de um regime legal distinto do regime dos trabalhadores das empresas.



# BIBLIOGRAFIA





## **Cláusulas de mediação obrigatória em contratos (convenção de mediação) – o dilema entre a voluntariedade da mediação e a obrigação de cumprimento do contrato**

- CAMPOS, Joana Paixão (2009) – *A Conciliação Judicial*, policopiado, 2009, disponível em [http://laboratorioral.fd.unl.pt/media/files/A\\_Concili...pdf](http://laboratorioral.fd.unl.pt/media/files/A_Concili...pdf)
- CARVALHO, Jorge morais (2011), *a consagração legal da mediação em Portugal*, in revista *Julgar*, n.º 15, 2011, disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/11-DIVULGAR-A-Media%C3%A7%C3%A3o-em-Portugal.pdf>.
- CEBOLA, Cátia Marques (2010), *A mediação pré-judicial em Portugal: Análise do novo regime*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, no1 a 4, 2010.
- CEBOLA, Cátia Marques (2013), *La Mediación* (1ª ed.), Madrid: Marcial Pons.
- GOUVEIA, Mariana França – *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. 3.a ed. Coimbra: Editora Almedina, 2014
- LIMA, Fernando J. (2003). “Regras a serem utilizadas na elaboração de textos científicos”, Viseu: Universidade Católica Portuguesa – CRB.
- LOPES, D. & PATRÃO, Afonso (2014). *Lei da Mediação Comentada*. Coimbra: Almedina.
- MORAIS, Jorge Carvalho (2011), “*A consagração legal da mediação em Portugal*”, in: *Revista Julgar*, n.º 15, pp. 271-290
- SCHIMIDT, Jan Peter (2013), “*Mediation in Portugal: Growing Up in a Sheltered Home*”, *Mediation – Principles and Regulation*, in: *Comparative Perspective*, Klaus J. Hopt e Felix Steffek (edit.), 1ª ed., Oxford University Press, pp. 809-837
- SILVA, Paula Costa e (2009), *A Nova face da Justiça – Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Lisboa, Coimbra Editora, 2009
- TRABUCO, Cláudia e GOUVEIA, Mariana França (2010), *A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts*, 2010, ponto 2.
- VENTURA, J. Alexandre (2003). [http://www.dce.ua.pt/docentes/ventura/indica\\_gerais.asp](http://www.dce.ua.pt/docentes/ventura/indica_gerais.asp)
- VICENTE, Dário Moura (2009), *A Directiva sobre a mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa*, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, 2009, p. 125-148

## **Análise sobre os processos especiais “Pré-insolvência” criados no âmbito do programa revitalizar**

- Abreu, J.M. Coutinho, (2002) *Curso de Direito Comercial (Vol. I)*, 4.a Edição, Almedina.
- Frade, Catarina, *Sobreendividamento e soluções extrajudiciais: A Mediação de Dívidas*, I Congresso de Direito da Insolvência.
- Gouveia, Mariana França, (2012) *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2a Edição, Almedina
- Menezes Leitão, Luís Manuel Teles, (2012) *Direito da Insolvência*, 4.a Edição, Almedina
- Silva, Fátima Reis, (2013) *Processo Especial de Revitalização – Notas Práticas e Jurisprudência Recente*, Porto Editora.

# ARTIGO

## Preempção

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alves, J. Eduardo (2012). *Modelos jurídicos de Organização das Escolas*. Coimbra: DATAJURIS.
- Amado Gomes, Carla (janeiro-março de 2007). Ac.TC n.º 262/06 (autonomia das escolas e Regiões Autónomas). *Jurisprudência Constitucional*, n.º 13, pp. 17-42.
- Blanco de Moraes, Carlos (2006). O défice estratégico da ordenação constitucional das autonomias regionais. *Revista da Ordem dos Advogados* (Vol. III -Ano 66- Dez. 2006). Obtido de <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/carlos-blanco-de-moraes-o-defice-estrategico-da-ordenacao-constitucional-das-autonomias-regionais/>
- Canas, Vitalino (2004). *Constituição da República Portuguesa (após a sexta revisão constitucional-2004)*. Lisboa: AAFDL.

### ACÓRDÃOS CITADOS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

- **Acórdão n.º 161/2003** (-Processo n.º 64/2000, de 06 de maio de 2003, publicado no Diário da República, I Série - A, número 104, disponível em <https://data.dre.pt/eli/ac/161/2003/05/06/p/dre/pt/html>
- **Acórdão n.º 262/2006** (-Processo n.º 358/2006, de 02 de junho de 2006, publicado no Diário da República, I Série - A, n.º 107, disponível em <https://data.dre.pt/eli/ac/262/2006/06/02/p/dre/pt/html>

# ARTIGO

## Breve caracterização da função pública no Estado de Direito Liberal

- ALFONSO, Luciano Parejo/ Jiménez-Blanco, Antonio / ÁLVAREZ, Luis Ortega, *Manual de Derecho Administrativo*, 3.<sup>a</sup> edição, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1994.
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.<sup>a</sup> Edição (6.<sup>a</sup> Reimpressão), Almedina, Coimbra, 2011.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, 2.<sup>a</sup> edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003.
- ANTUNES, Vera Lúcia Santos, *O Contrato de trabalho na Administração Pública – evolução, reflexos e tendências para o emprego público*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 10.<sup>a</sup> Edição (10.<sup>a</sup> Reimpressão), revista e atualizada por Freitas do Amaral, Almedina, Coimbra, 2010.
- CAETANO, Marcello, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 3.<sup>a</sup> Reimpressão Portuguesa da edição Brasileira de 1977, 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Estado de Direito, Cadernos Democráticos*, Fundação Mário Soares, Edição Gradiva, Lisboa, 1999.
- FERNANDES, Francisco Liberal, *Autonomia Coletiva dos trabalhadores da Administração. Crise do Modelo clássico de Emprego Público*, Stvdia Ivridica 9, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- FORGES, Jean-Michel de, *Droit de la fonction publique*, 1997, Presses Universitaires de France, Paris 1986.
- GARCIA, Maria da Glória Dias, *Da Justiça Administrativa em Portugal. Sua origem e evolução*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1994.
- GIANNINI, Massimo Severo, “Organi (teoria generale)”, in *Enciclopédia del Diritto*, Vol.XXXI, Giuffrè Editore, 1981, Milano.
- HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 12.<sup>a</sup> ed., Recueil Sirey, Paris, 1933.

- KAFTANI, Catherine, *La formation du concept de fonction publique en France*, Bibliothèque de Droit Public, Tome 196, L.G.D.J., Paris, 1998.
- KONDYLIS, Vassilios, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, Bibliothèque de Droit Public, Tome 168, L.G.D.J., Paris, 1994.
- MARTINS, Alda, “A laborização da função pública e o direito constitucional à segurança no emprego”, in *Julgar*, n.º 7, 2009, pág. 170. Disponível em <https://sites.google.com/site/julgaronline/Home/numeros-publicados/julgar-07---janeiro-abril---2009>.
- MATEO, Ramón Martín/SÁNCHEZ, Juan José Diez, *Manual de Derecho Administrativo*, 29.<sup>a</sup> Ed., Aranzadi, Navarra, 2012.
- MOURA, Paulo Veiga e, *A privatização da função pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- NIGRO, Mario, “Amministrazione Pubblica (organizzazione giuridica dell)”, in *Enciclopédia Giuridica Giovanni Treccani*, Vol. II.
- OLIVEIRA, Eduardo Sebastião Vaz de, *A função Pública Portuguesa. Estatuto novo ou nova Política?*, Separata da Revista *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal* n.º 122, Lisboa, 1969.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula/DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 5.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2015.
- OLIVEIRA, Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, Volume I, 2.<sup>a</sup> Reimp., Almedina, Coimbra, 1984.
- PANIAGUA, Enrique Linde, *Fundamentos de Derecho Administrativo: del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, UNED, 3.<sup>a</sup> ed.
- RAMOS, Vasco Moura, *Da compatibilidade do New Public Management com os Princípios Constitucionais*, (dissertação de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), policopiado, Coimbra, 2002.
- ROSO, Ana, “O(s) Regime(s) do Emprego Público – Contributo para a evolução do modelo estatutário do emprego público”, (policopiada), dissertação de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph, *Qué es el Estado llano?: ensayo sobre los privilegios*, (tradução de José Rico Godoy), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- SOARES, Rogério, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra, MCMLV (1955).
- VÁZQUEZ, Ramón Parada, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, 18.<sup>a</sup> Edição, Marcial Pons, Madrid.
- WEIL, Prosper, *O Direito Administrativo*, (edição portuguesa), Almedina, Coimbra, 1977.

“ ”

A democracia como valor dialógico e fundante de uma comunidade e como um valor que alimenta a autodeterminação dos povos, em si mesmo, é um valor indiscutível. O problema está em saber se as várias modernidades que nós tivemos contribuíram para uma compreensão do princípio democrático em todas as suas dimensões

***J. J. Gomes Canotilho***



O início das publicações científicas é sempre um período muito difícil, exigindo dos editores, autores e técnicos uma dedicação extrema e dos leitores uma crença e paciência significativas. Apenas assim, conseguimos ultrapassar as naturais dúvidas dos novos projetos e, a prazo, afirmar os periódicos nas suas áreas de conhecimento, obtendo o reconhecimento da comunidade científica e dos leitores em geral. O **Jornal Jurídico** não tem sido exceção. Com a publicação do **V1N2**, concluímos com sucesso o primeiro ano de atividade, contando já com artigos em número e qualidade suficientes para garantir o lançamento do **V2N1** e cumprir escrupulosamente os prazos de publicação e as metas editoriais definidas para 2020. Mas, para tal, foi vital o empenho de todos, sem exceção, aos quais a equipa Ponteditora reconhece o contributo e agradece profundamente. O **V1N2** assinala o lançamento de uma nova imagem gráfica, na expectativa que seja do gosto de todos.

**Boas leituras!**